BILANZIERUNG ALS INSTRUMENT ZUM SCHUTZE VON GLÄUBIGERN

Ein Beitrag zu einer funktionsanalytischen Bilanztheorie

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Wirtschaftswissenschaft
(Doctor rerum oeconomicarum)
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität des Saarlandes

vorgelegt von

Alfred Eschrich

Dudweiler (Saar)

1969

BILANZIERUNG ALS INSTRUMENT ZUM SCHUTZE VON GLÄUBIGERN

Ein Beitrag zu einer
funktionsanalytischen Bilanztheorie

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Wirtschaftswissenschaft
(Doctor rerum oeconomicarum)
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität des Saarlandes

vorgelegt von

Alfred Eschrich

Dudweiler (Saar)

1969

Dekan:	Professor Dr. Hans F. Zacher
Erstberichterstatter:	Professor Dr. Wolfgang Stützel
Zweitberichterstatter:	Professor Dr. Herbert Hax
Tag der Disputation:	24.6.1969

UNIV. LEIDEN BIBL.

Dissertationsdruck Réssy · München

Meiner lieben Frau

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542713_0036

INHALTSVERZEICHNIS

		Seite
Abkürzungen		IV
PROBLEMSTELLUNG UND GANG DER UNTERSUCHUNG		1
ERSTER TEIL DIE GLÄUBIGERSCHUTZ-BILANZZWECKE		3
1.	Dispositionsbeschränkungsfunktion	5
a.	Erzeugung von Anfechtungstatbeständen im Konkurs	5
aa)	Die Anfechtungsvoraussetzungen in den Fällen, in denen Überschuldung Konkursgrund ist (I)	8
bb)	Fixierung von Anfechtbarkeitszeiträumen in den Fällen, in denen Überschuldung Konkursgrund ist (Ia)	12
cc)	Erzeugung von Anfechtungstatbeständen im Rahmen des § 30 Nr. 2 KO (II)	12
dd)	Erzeugung von Anfechtungstatbeständen im Rahmen des § 31 Nr. 2 KO (III)	15
ee)	Erzeugung von Anfechtungsvoraussetzungen bei der Absichtsanfechtung des § 31 Nr. 1 KO (IV)	16
b.	Erzeugung von Straftatbestandsmerkmalen im Rahmen des Konkursstrafrechts	18
aa)	Signalisierung eines drohenden Konkursverfahrens im Rahmen des Konkursstrafrechts (V)	20
bb)	Maßstab für die Feststellung übermäßigen Aufwands (VI)	23
2.	Bankrottaufdeckungsfunktion Sicherung der Beweise gläubigerschädigenden Verhaltens (VII)	27
3.	Verfahrensbeschleunigungsfunktion Hilfsmittel für ein reibungsloses und verlustsparendes Konkursverfahren (VIII)	29

4. Konkursantragauslösungsfunktion
Auslösung der Pflicht, Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens wegen Überschuldung zu stellen (IX) 30

5. Dispositionsentzugsfunktion

a. Feststellung des Überschuldungstatbestandes durch den Konkursrichter (X) 32

b. Belieferung des Konkursrichters mit Beweismomenten für das Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeit (XI) 33

6. Ausschüttungssperrfunktion
Errichtung einer Ausschüttungssperre (XII) 43

7. Selbstschutzfunktion
Befähigung der Gläubiger zur Wahrung ihrer Rechte durch publizierte Bilanzen (XIII) 46

Rückblick 49

ZWEITER TEIL
GESETZGEBER, RICHTER UND RECHTSLEHRER ZUR BILANZIERUNG IN DER DISPOSITIONSBESCHRÄNKUNGSBILANZ 51

1. Ableitung der Bewertung in der Dispositionsbeschränkungsbilanz aus ihrer Funktion 53

2. Die Entstehungsgeschichte der Bewertungsvorschrift des § 40 HGB 58

3. Dispositionsbeschränkungsbilanz kontra Ausschüttungssperrbilanz 62

4. Ein Argument gegen Unterbewertung in der Dispositionsbeschränkungsbilanz 66

5. Die Bilanzierung des Privatvermögens 67

6. Die Behandlung schwebender Verträge 70

7. Die Konkursordnung als Lieferantin von Hinweisen für eine sachgerechte Bilanzierung 72

a. Aus dem Gewinn zu zahlende Schulden 72

b. Sicherungseigentum 74

c. Selbst erworbene rein ideelle Werte 74

d. Unverzinsliche Schulden 78

ANHANG 81

LITERATURVERZEICHNIS 93

ABKÜRZUNGEN

ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
BB	Der Betriebs-Berater
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
BRundsch.	Betriebswirtschaftliche Rundschau
DB	Der Betrieb
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
Gruch	Gruchot's Beiträge
HdB	Handwörterbuch der Betriebswirtschaft
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JW	Juristische Wochenschrift
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
Lpz Komm.	Leipziger Kommentar
LZ	Leipziger Zeitung
NB	Neue Betriebswirtschaft
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RGSt	Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHG	Entscheidung des Reichs-Oberhandelsgerichts
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WP	Der Wirtschaftsprüfer
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WT	Der Wirtschaftstreuhänder
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZfbF	Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
ZfhF	Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung

PROBLEMSTELLUNG UND GANG DER UNTERSUCHUNG

Ermutigt durch die mit der Einführung analytischer Forschungsmethoden in den verschiedensten Bereichen der Betriebswirtschaftslehre erzielten Erfolge, wenden Autoren dieser Disziplin derartige Methoden nunmehr auch zunehmend in der bilanztheoretischen Diskussion an. Damit lebt das Interesse für ein Gebiet wieder auf, in dem sich die Betriebswirtschaftslehre einst profilierte.

Kennzeichnend für die modernen analytischen Methoden [1] ist die exakte Formulierung einer Zielfunktion. Bezogen auf die bilanztheoretische Diskussion bedeutet dies, daß die Bestimmung sachgerechter Bilanzierungsweisen nur möglich ist, wenn Klarheit über den mit der Bilanzierung verfolgten Zweck herrscht. Es gibt nicht e i n e richtig aufgestellte Bilanz, sondern soviele sachgerecht aufgestellte Bilanzen, wie es unterscheidbare Bilanzzwecke gibt. [2] Die Bilanzierungsweise hat sich immer an dem mit der Bilanz verfolgten Zweck zu orientieren. Diese Überlegung führt zwangsläufig zur funktionsanalytischen Betrachtungsweise. [3]

Ein in bilanztheoretischen Abhandlungen immer wieder genannter Bilanzzweck ist der Gläubigerschutz. Dieser Begriff ist als Zielvorstellung jedoch entschieden zu allgemein und weitläufig, als daß sich aus ihm konkrete Bilanzierungsanweisungen ableiten ließen. Dieser Mangel legt es nahe, nachzuforschen, auf welche Weise denn die lex lata tatsächlich durch das Instrument "Bilanz" Gläubiger schützen will. In dem ersten Teil der vorliegenden Untersuchung wird gezeigt, daß sich ein ganzer Katalog von Gläubigerschutzfunktionen im Zusammenhang mit zwingend vorgeschriebenen (öffentlichrechtlichen) Bilanzen nachweisen läßt, von denen wenigstens einige in Vergessenheit geraten sind.

Dieser Nachweis gelingt jedoch nur, wenn er sich auf "Primärliteratur" abstützt: Gesetzesvorschriften, zu ihrer Begründung vom Gesetzgeber angeführte Motive,

---

1) Die erste Phase besteht in der Formulierung des Problems (Ziele und Handlungsmöglichkeiten); es folgen der Entwurf eines Modelles für das zu untersuchende System und die Ableitung der Lösung aus dem Modell.

2) "Der Ausdruck 'sachgerechte Bilanz' soll nur eine Kurzfassung für die Zwecke sein, die eine Bilanz erfüllen muß...; sie (die Bilanzzwecke, der Verf.) bilden aber für die Ermittlung der Grundsätze ordnungsmäßiger Bilanzierung eine Vorfrage." (DÖLLERER in BB 14.Jg.(1959 II) S.1220)

3) Vgl. STÜTZEL in ZfB 37.Jg.(1967) S.314 - 340.

Rechtsprechung und Rechtslehre. Diese Quellen, denen von betriebswirtschaftlicher Seite bisher zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt wurde, müssen für die bilanztheoretische Diskussion nutzbar gemacht werden. Das von der Rechtsordnung vorgegebene Instrumentarium zum Schutze der Gläubiger in Form eines ganzen Bündels von Bilanzen - betraut mit verschiedenen Aufgaben [1]- samt aller damit verknüpften (für das betriebswirtschaftliche Modell Daten darstellenden) rechtlichen Zwänge, gilt es, Autoren, welche die im Hinblick auf "den" Gläubigerschutz sachgerechte Bilanzierung zu ermitteln trachten, transparent zu machen. Im zweiten Teil wird versucht, die Leistungsfähigkeit der funktionsanalytischen Betrachtungsweise, am Beispiel der aus dem Katalog der unterschiedlichen Gläubigerschutzbilanzen herausgegriffenen Dispositionsbeschränkungsbilanz, unter Beweis zu stellen.

1) Die öffentlichrechtlichen Bilanzen sind beherrscht vom Prinzip des Gläubigerschutzes.

ERSTER TEIL
DIE GLÄUBIGERSCHUTZ-BILANZZWECKE

1. DISPOSITIONSBESCHRÄNKUNGSFUNKTION

a. Erzeugung von Anfechtungstatbeständen im Konkurs

Die Konkurseröffnung bedeutet einen so schwerwiegenden Eingriff in die Vermögensrechte der Betroffenen, daß sie erst nach sorgfältiger richterlicher Prüfung stattfinden darf; in Ablehnung obervormundschaftlicher Fürsorge [1] unterbleibt die Konkurseröffnung - ausgenommen bei Kapitalgesellschaften -, solange keine Gläubiger andringen. Der Konkursanspruch [2] der Gläubiger beginnt jedoch immer schon mit Eintritt der Tatsachen, die das Gesetz als Voraussetzung für die Konkurseröffnung bestimmt. [3] Zwischen dem Zeitpunkt des Eintritts der anspruchbegründenden Tatsachen und dem von äußeren Umständen abhängenden Zeitpunkt des die Konkurseröffnung herbeiführenden Richterspruchs kann erhebliche Zeit verstreichen. Während dieser Zeitspanne darf das Gesetz den Gläubigern nicht den Schutz vor Benachteiligung durch den künftigen Gemeinschuldner versagen. Er soll in diesem Zeitraum keine Dispositionen treffen, die die Gläubigeransprüche über das bereits eingetretene Maß hinaus gefährden. Mit Beginn des Rechtsanspruchs der Gläubiger hat sich der Gemeinschuldner gewissermaßen nur noch als Verwalter seines Gutes zu betrachten. Man kann demnach zwischen zwei Zeitpunkten unterscheiden: dem Eintritt des Gläubigeranspruchs und seiner Feststellung durch den Richter. Es offenbart sich ein Konzept abgestuften Dispositionsentzuges - bei Vorliegen anspruchbegründender Tatsachen zunächst teilweise, [4] mit Konkurseröffnung dann vollständig.

Der teilweise Dispositionsentzug findet seinen Ausdruck im Anfechtungsrecht der Konkursordnung, § 29 ff KO [5]. Vor Konkurseröffnung vorgenommene, die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligende Rechtshandlungen können als ihnen ge-

1) Vgl. v. BAYER (1842) S. 119 f.

2) Es ist Aufgabe der folgenden Abschnitte, Anfangspunkt und Wirkung dieses Anspruchs, soweit sie mit Tatbeständen der Bilanz in Zusammenhang stehen, näher zu bestimmen.

3) Vgl. Entwurf (1855) S. 32 und Materialien (1877) S. 115.

4) Der Gesetzgeber spricht von der "allgemeinen Verfügungsbeschränkung des Schuldners", vgl. Materialien (1877) S. 118.

5) Auf die Anfechtung außerhalb des Konkurses (Gesetz vom 21.7.1879 betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens) wird nicht im besonderen eingegangen, weil hiervon keine weitergehenden Erkenntnisse für die vorliegende Untersuchung zu erwarten sind.

genüber unwirksam angefochten werden. Entzogene Vermögensstücke müssen in die Befriedigungsmasse zurückgeführt werden.

Nach den besonderen Tatumständen, die hinzutreten müssen, unterscheiden sich drei Gruppen:

1) die Konkursanfechtung beruht auf dem Gedanken, daß, sobald sich bestimmte Vorboten des Konkurses einstellen (das Gesetz nennt Zahlungseinstellung oder Eröffnungsantrag), alle Gläubiger des Schuldners den Anspruch auf Verwendung des gesamten Vermögens zu ihrer gemeinschaftlichen Befriedigung erlangen, § 30 KO,

2) die Absichtsanfechtung basiert auf dem selbständigen Anfechtungsgrund der Absicht der Gläubigerbenachteiligung, § 31 KO, ebenso

3) die Schenkungsanfechtung auf der Unentgeltlichkeit einer Zuwendung, § 32 KO.

Es gilt nun zu untersuchen, ob die Bilanz heute noch bei der Anfechtung im Konkurs eine Rolle spielt wie es zur Zeit der partikularen Gesetzgebungen zweifellos der Fall war.

Das gemeine Recht, das ausschließlich Überschuldung als Konkursgrund kannte [1] und zwar ohne Unterschied für Kaufleute und Nichtkaufleute und ohne Berücksichtigung der Gesellschaftsform, stand folgerichtig auf dem Standpunkt, daß der Zustand der Vermögensunzulänglichkeit das entscheidende Kriterium für den Eintritt von Dispositionsbeschränkungen vor eigentlicher Konkurseröffnung sei. So bestimmte die Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten [2], daß, "wenngleich damals eine wirkliche Unzulänglichkeit des Vermögens bei ihm (dem Gemeinschuldner, der Verf.) schon vorhanden gewesen wäre", für die Gläubigergesamtheit

- nachteilige Dispositionen mit einem Gläubiger angefochten werden konnten,

- nachteilige Dispositionen mit einem Dritten, wenn dieser von der kritischen Lage des Schuldners Kenntnis besaß, ungültig waren, wenn er diese Kenntnis nicht besaß, gültig blieben und Schenkungen gemäß ALR Theil 1, Tit.XI §§ 1129 ff. angefochten werden konnten.

---

1) Näheres siehe Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten im Anhang sowie S. 37 Fußnote 1.

2) Th.1 Tit. 50 §§ 48 ff.

Hier trat mit Inkrafttreten der Preußischen Konkursordnung von 1855 eine wesentliche Änderung ein: allgemeiner Konkursgrund war nicht mehr Überschuldung, sondern Zahlungsunfähigkeit [1]. Als ihre häufigste Erscheinungsform nennt das Gesetz die Zahlungseinstellung. Entsprechend beginnt der Konkursanspruch der Gläubiger bzw. die Dispositionsbeschränkung des Gemeinschuldners nicht mehr mit dem Eintritt der Überschuldung, sondern mit dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bzw. der Zahlungseinstellung. In der Begründung zum Entwurf der Konkursordnung von 1877 wird deshalb der Überschuldung als Anfechtungsvoraussetzung eine Absage erteilt [2]:

"Man hat deshalb als erste Voraussetzung ausgesprochen, daß eine Handlung des Schuldners nur dann dürfe angefochten werden, wenn dessen Vermögen zur Berichtigung aller Schulden entweder schon zur Zeit der Handlung unzureichend gewesen, oder durch dieselbe unzureichend geworden sei. Dieses Erfordernis wird vornehmlich in der Theorie und Praxis des gemeinen Rechts aufgestellt und hat in einzelnen Gesetzgebungen desselben (Sächs. BGB § 1509; Bremen § 38; Lübeck § 30) Eingang gefunden. Man wird dem nicht zustimmen dürfen. Die Handlung, das Rechtsgeschäft, die Veräußerung des Schuldners kann wohl sein Vermögen vermindern und kann dadurch thatsächlich den Erfolg haben, daß mittelbar die Befriedigung der Gläubiger darunter leidet. Aber nicht schon die Rechtshandlung, auch nicht die Insuffizienz, erst die Nichtbefriedigung bewirkt die Rechtsverletzung. Trotzdem der Schuldner durch jene Handlung sich insuffizient macht oder trotzdem er es schon vor ihr gewesen ist, kann dennoch die Befriedigung aller derzeit vorhandenen Gläubiger erfolgen, und oft sogar gelingt es dem Schuldner, mit Hülfe neuen Kredits die Insuffizienz zu überwinden, so daß niemals eine Verletzung des Befriedigungsrechts seiner Gläubiger eintritt. Und umgekehrt können die Gläubiger, obschon zur Zeit jener Handlung das Vermögen zu ihrer Befriedigung gereicht haben würde, gerade dann, wenn diese geleistet werden soll, sehr wohl, sei es in Folge anderer Handlungen des Schuldners, sei es auch blos in Folge einer Entwerthung des Vermögens, sich in ihrer Befriedigung verkürzt sehen. Mit Unrecht macht man daher die Frage, ob eine Verletzung der Gläubiger vorliege, von dem Verhältniß zu dem damaligen Vermögensstand abhängig. Doch abgesehen von diesen rechtlichen Gründen, welchen praktischen Werth könnte ein Recht zur Anfechtung haben, wenn es an den

1) Über die Gründe der Abkehr von der Überschuldung und der Einführung der Zahlungsunfähigkeit als Konkursgrund siehe S. 33 ff.

2) Materialien (1877) S. 119 f.

Nachweis geknüpft ist, daß damals, vor so und so viel Monaten oder Jahren, als die Handlung geschah, die Aktiva des Schuldners geringer waren, als seine Passiva, - oder daß gerade die Handlung es war, welche die Unterbilanz verursacht? Es springt in die Augen, so wenig Insuffizienz die Ungültigkeit der während derselben vorgenommenen Handlungen nothwendig bedingt, so wenig ist Insuffizienz zur Zeit oder in Folge der Handlungen nothwendige Bedingung für deren Anfechtbarkeit. Die damalige Suffizienz schließt die Anfechtung nicht aus." [1]

Wenn auch die heute herrschende Lehre hiermit vollauf in Einklang steht [2], so darf dennoch die Bedeutung der Bilanz für die konkursmäßige Anfechtung nicht unterschätzt werden.

aa) Die Anfechtungsvoraussetzungen in den Fällen, in denen Überschuldung Konkursgrund ist (I)

Als erstes wird geprüft, ob die (in der Bilanz zutage getretene) Überschuldung in den Fällen Anfechtungsvoraussetzung sein kann, in denen Überschuldung allein (Nachlaß, § 215 KO) oder neben Zahlungsunfähigkeit Konkursgrund ist (Aktiengesellschaften, § 207 KO, andere juristische Personen, Vereine, § 213 KO). [3]

Die überwiegende Meinung lehnt eine anfechtungsrechtliche Gleichstellung der Konkursgründe ab. [4] Sie stützt sich im wesentlichen auf folgende zwei Urteile:

- RG JW 1885, S. 92: "Mit Rücksicht auf den in der Unzulänglichkeit des Vermö-

---

1) Man muß sich dann aber fragen, warum in der Begründung des Entwurfs an anderer Stelle ausgeführt wird: "Während das hierfür (für die Eröffnung des Konkursverfahrens, der Verf.) allein maßgebende gegenwärtige Vorhandensein der Zahlungsunfähigkeit in der Regel ohne Schwierigkeiten zu konstatiren sein wird, erfordert die Ermittlung der Thatsachen, aus denen der Beginn dieses Zustandes sich ergiebt, zeitraubende Untersuchungen. Es bedarf dazu mindestens einer genauen Prüfung des gesamten Aktiv- und Passivstandes (Hervorhebung vom Verf.), sowie eines eingehenden Studiums der Geschäftsbücher und Korrespondenzen." (S. 302)

2) Vgl. JAEGER-LENT (1958) Anm. 1 - 15 zu § 30 KO, BÖHLE-STAMSCHRÄDER, Anm. 2c zu § 30 KO m. w. Nachweisen.

3) Denn nach § 30 KO sind Rechtshandlungen anfechtbar, "die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens" eingegangen wurden.

4) Vgl. JAEGER-LENT (1958) Anm. 12 zu § 30 KO, BÖHLE-STAMSCHRÄDER, Anm. 2d, cc zu § 30 KO, MENTZEL-KUHN, Anm. 14 zu § 30 KO, m. w. Nachweisen.

gens oder des Nachlasses bestehenden allgemeinen Konkursgrund für die Fälle des gemeinen oder Nachlaßkonkurses waren nun in der Preußischen Konkursordnung vom 8. Mai 1855 offenbar als für die Anfechtung maßgebend nicht bloß die Zahlungseinstellung und der Antrag auf Konkurseröffnung, sondern auch die Anzeige der Vermögensunzulänglichkeit bestimmt... dieses letztere Moment wurde aber in § 23 der Deutschen Konkursordnung (von 1877, der Verf.) einfach gestrichen, die Weglassung auch nicht weiter motiviert."

Der Grund für diese unmotivierte Weglassung ist jedoch ein sehr naheliegender: die KO von 1877 schaffte den gemeinen Konkurs ab.

Das zweite Urteil, RGZ 25, 38, stützt sich seinerseits weitgehend auf ein Zitat aus der Begründung des Entwurfes der KO von 1877; hier heißt es:

"Hieraus (aus dem Umstand, daß in den Entwurf keine Bestimmung aufgenommen wurde, die noch innerhalb einer bestimmten Frist nach dem Tode des Erblassers, der zuvor seine Zahlungen eingestellt hat, die Eröffnung des Konkursverfahrens rechtfertigt, der Verf.) folgt jedoch nicht, daß für den Konkurs über einen Nachlaß die bei Lebzeiten erfolgte Zahlungseinstellung des Erblassers vollständig bedeutungslos sei. Formell wird dieselbe immer ein erhebliches Moment für den Beweis der Nachlaßinsuffizienz abgeben, und materiell behält sie, wenn es auf Grund der letzteren zur Konkurseröffnung kommt, für die Anfechtung der von dem Erblasser oder dem Erben vorgenommenen Dispositionen ihre volle Wirkung." [1]

Um diese Stelle im richtigen Licht zu sehen, zitieren wir weiter aus der Begründung des Entwurfs [2]:

"Die Stunde und die Thatsache zu bestimmen, mit der die Vermögensunzulänglichkeit eingetreten oder die Zahlungsunfähigkeit ausgebrochen, ist kaum möglich. Wo also auch das Gesetz die Insuffizienz oder Insolvenz als die Voraussetzung hinstellt, ohne welche der Anspruch der Konkursgläubiger nicht entstehen kann, so muß es doch die allgemeine Anfechtbarkeit aller Verfügungen des Schuldners erst an eine spätere, äußerlich wahrnehmbare Thatsache knüpfen, welche zweifellos zu erkennen giebt, daß der Anspruch der Konkursgläubiger begründet sei. Als solche Thatsache sieht der Entwurf mit Rücksicht auf die demnächst erfolgte Einleitung des Verfahrens d e n A n t r a g des Gemeinschuldners oder des Gläubigers a u f E r ö f f n u n g desselben an. Immerhin aber bleibt dies eine den Verkehrsverhältnissen zugestandene Ausnahme von

1) Materialien (1877) S. 400.
2) Materialien (1877) S. 119.

der juristischen Regel. Einer solchen Ausnahme bedarf es nicht, wenn eine Zahlungseinstellung des Schuldners vorkommen kann und stattgefunden hat."

Diese und vorangegangene Äußerungen des Gesètzgebers zeigen, daß Gesichtspunkte der Operationabilität, hier im Sinne der "Justiziabilität" und nicht materiell-rechtliche Erwägungen ihn dazu veranlaßt haben, den Eröffnungsantrag bzw. die Zahlungseinstellung vor die Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung zu stellen. Sollte daher dort, wo Überschuldung Konkursgrund ist, diese eindeutig erkennbar in die äußere Erscheinung getreten sein, so wird man ihr nicht den Eintritt des Gläubigeranspruchs als Wirkung versagen, denn eigentümlich ist dem Konkurs die Anfechtbarkeit aller Rechtshandlungen, bei deren Vornahme der Gegner wußte, daß der Konkursanspruch der Gläubiger schon zu Tage getreten war.

Der Verfasser schließt sich daher der Auffassung von HELLMANN [1] an:

"Denn das Gesetz kann vernünftigerweise nicht wollen, daß die Gläubiger ohne Schutz sein sollen, wenn sie zu Gunsten eines Dritten benachteiligt wurden, der den Konkursgrund kannte. Daß der Konkursgrund hier die Überschuldung, sonst die Zahlungsunfähigkeit ist, kann nicht von Belang sein. Daß aber sonst nicht die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit, sondern die der Zahlungseinstellung entscheidend ist, folgt lediglich daraus, daß die Zahlungsunfähigkeit nur aus der Zahlungseinstellung erkannt werden kann."

LENT muß zugeben, daß "das Gewicht dieser Gegengründe nicht zu unterschätzen ist" [2].

"Soll nun zur Anfechtbarkeit einer Handlung nicht blos der Richter über den damaligen Zustand des Schuldners sich das Urtheil bilden, nicht blos feststellen müssen, daß die Thatsachen, auf welchen sein Urtheil beruht, auch dem Dritten bekannt waren, sondern auch sich überzeugen müssen, daß aus diesen Thatsachen der Dritte sich ebendasselbe Urtheil gebildet gehabt habe?" [3]

Diese seinerzeit vielleicht berechtigten Bedenken des Gesetzgebers, die ihn dazu veranlaßten, zum Wohle der Rechtssicherheit die leicht erkennbare Zahlungseinstellung in den Vordergrund zu stellen, sind - soweit es die Feststellbarkeit der Überschuldung anbetrifft [4] - im Zuge der Rechtsentwicklung mehr und mehr

1) HELLMANN (1907) S. 381.
2) JAEGER-LENT (1958) Anm. 12 zu § 30 KO.
3) Materialien (1877) S. 119.
4) Diese Bedenken konnten hinsichtlich des Nachlaßkonkurses überhaupt nicht bestanden haben; die Begründung des Entwurfes führt selbst aus: "Die Feststellung

gegenstandslos geworden. So ist zum Beispiel an die Stelle der damals noch von Aktiengesellschaften jährlich einmal der Aufsichtsbehörde einzureichenden Bilanz, mit deren Hilfe sie sich Kenntnis von einer Überschuldung verschaffte, heute die Überschuldungsbilanz getreten, die jederzeit und unverzüglich vom Vorstand aufzustellen ist, sobald er nur mit der Möglichkeit einer Überschuldung rechnen muß. [1] Hinzu kommt die seit 1870 bestehende Pflicht, die Jahresbilanz zu veröffentlichen.

Auch die Position des Anfechtungsgegners würde nicht erschwert in dem Sinne, daß er sich ständig vom Überwiegen der Aktiven über die Passiven bei seinem Schuldner zu überzeugen oder jedem Gerücht von einer Überschuldung nachzugehen hätte, denn ein "Kennen-Müssen" wird von ihm nicht verlangt. [2]

Im Ergebnis besteht gegenüber der herrschenden Lehre der Unterschied, daß nicht erst der spätestens innerhalb der nächsten drei Wochen - mit dieser Frist will das Gesetz die Möglichkeit zu einem Sanierungsversuch geben [3] - nach Eintritt der Überschuldung zu stellende Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens die Verfügungsbeschränkung bewirkt (§ 30 KO), sondern schon die in Erscheinung getretene Überschuldung selbst. Der Verfasser sieht keinen Grund zu der Annahme, daß der Gesetzgeber die zwischen dem Bekanntwerden der Überschuldung und dem Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens zum Nachteil der Gläubigergesamtheit eingegangenen Rechtsgeschäfte in ihrem Bestand schützen wollte. [4]

Fortsetzung der Fußnote 4) von S. 10:
derselben (der Insuffizienz, der Verf.) begegnet nicht denselben Schwierigkeiten, wie bei dem Vermögen eines Lebenden; vielfach ist sie erleichtert durch die ohnedies gebotene Inventarisirung des Nachlasses;" (S. 400)

1) Für die übrigen Kapitalgesellschaften gilt Entsprechendes.

2) Vgl. BÖHLE-STAMSCHRÄDER, Anm. 4e zu § 30 KO, JAEGER-LENT (1958) Anm. 17 zu § 30 KO.

3) Vgl. SCHMIDT in GADOW-HEINICHEN, Großkomm. AktG, Anm. 11 zu § 83. Nach RGSt 37, 25 (26) wird dagegen keine Frist für Sanierungsversuche zugestanden: "Der Einwand, vor Erfüllung der gesetzlichen Pflicht (Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens zu stellen, der Verf.) müsse noch 'Zeit für Sanierungsversuche' gelassen werden, ist zurückzuweisen." Ebenso RGSt 37, 324.

4) Bei Sanierungsgeschäften ist Benachteiligungsabsicht ausdrücklich nicht ausgeschlossen, vgl. BÖHLE-STAMSCHRÄDER, Anm. 2d zu § 31 KO, JAEGER-LENT (1958) Anm. 7 zu § 31 KO. "Bei einem Sanierungsgeschäft müsse als Voraussetzung einer Anfechtbarkeit damit gerechnet sein, daß die Sanierung fehlschlagen könne, und gerade für diesen Fall der Benachteiligungserfolg hinsichtlich der anderen Gläubiger dem Schuldner bewußt gewesen und in seine Absicht aufgenommen worden sein", RG HRR 1937 Nr. 834.

Damit ergibt sich als Gläubigerschutz-Bilanzzweck:

(I) In den Fällen, in denen Überschuldung Konkursgrund ist, soll diese, wenn sie in der Bilanz zutage tritt, den nachmaligen Gemeinschuldner in seiner Dispositionsbefugnis beschränken [1]: nach Aufdeckung einer Überschuldung vorgenommene Rechtsgeschäfte, durch deren Eingehung die Gesamtheit der Konkursgläubiger benachteiligt wird, können angefochten und rückgängig gemacht werden, § 30 KO.

bb) Fixierung von Anfechtbarkeitszeiträumen in den Fällen, in denen Überschuldung Konkursgrund ist (Ia)

In den Fällen, in denen Überschuldung Konkursgrund ist, besteht ein weiterer Wirkzusammenhang zwischen Bilanz und konkursmäßiger Anfechtung zum Schutz der Gläubiger. Da in allen diesen Fällen die (mit Hilfe der Bilanz festzustellende) Überschuldung die Pflicht auslöst, Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens zu stellen, und dieser dann zur Eröffnung des Verfahrens führt, fixiert die Bilanz Anfechtbarkeitszeiträume: in den letzten 10 Tagen vor dem Eröffnungsantrage, § 30 KO Nr.2, in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens, § 31 KO Nr.2, [2] in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens, § 32 KO Nr.1.

Als Gläubigerschutz-Bilanzzweck folgt hieraus:

(Ia) Die Bilanz fixiert in den Fällen, in denen Überschuldung Konkursgrund ist, Zeiträume, innerhalb denen vorgenommene, die Gläubigergesamtheit schädigende Rechtshandlungen später angefochten werden können.

cc) Erzeugung von Anfechtungstatbeständen im Rahmen des § 30 Nr.2 KO (II)

Für die Konkursanfechtung des § 30 KO hat die Bilanz in einer weiteren, alle konkursfähigen Schuldner betreffenden Hinsicht Bedeutung, also einerlei, ob bei ihnen Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung Konkursgrund ist. Die zweite Nummer dieses Paragraphen erklärt 10 Tage vor Zahlungseinstellung oder Konkursantrag erfolgte Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger eine Sicherung

---

1) Bei juristischen Personen trifft das Dispositionsbeschränkungsgebot die sie vertretenden Organe.

2) Die Nr.2 des § 31 KO wird mit aufgezählt, obwohl sie nahe Angehörige betrifft und deshalb z.B. auf Kapitalgesellschaften prima facie nicht anwendbar erscheint. Die h.L. hält Verwandtschaftsverhältnisse in diesem Zusammenhang jedoch für denkbar, insbesondere bei Einmann- und Familien-AGs und der GmbH, vgl.JAEGER-LENT (1958) Anm.30 zu § 31 KO.

oder Befriedigung gewähren, die er nicht in der Art oder zu der Zeit zu beanspruchen hatte, für anfechtbar, sofern er nicht nachweist, daß ihm eine Begünstigungsabsicht [1] unbekannt war. Welches sind die Merkmale der Begünstigungsabsicht? Folgende Urteile geben Hinweise:

- RG JW 1899 S.97: "Das BG sagt vielmehr nur, jedenfalls habe der Gemeinschuldner seine Vermögenslage (Hervorhebung vom Verf.) genau gekannt, er sei sich bewußt gewesen, daß durch die hypothekarische Sicherung der Bekl. vor den übrigen Gläubigern begünstigt werde, und deshalb könne der vom Bekl. zu führende... Beweis, daß eine Begünstigungsabsicht nicht vorgelegen habe, nicht als geführt angesehen werden."

- RG LZ 1911 Sp.860: "Ausgeschlossen könnte die Begünstigungsabsicht freilich dann sein, wenn Z. davon überzeugt gewesen wäre, daß sein Vermögen zur prompten Befriedigung aller (Hervorhebungen vom Verf.) seiner Gläubiger völlig ausreichend sei."

- RG LZ 1913 Sp.398 f: " Im Anwendungsgebiet des § 30 Nr.2 KO ist bei einem Deckungsgeschäfte ein solcher Bevorzugungswille schon anzunehmen, wenn der Schuldner in dem Bewußtsein handelt, daß es zum Konkurs über sein Vermögen kommen werde oder kommen könne, und daß der Gläubiger, dem die Deckung gewährt wird, dadurch besser als andere Gläubiger gestellt werde. Der Wille des Schuldners braucht nicht auf Benachteiligung anderer Gläubiger gerichtet zu sein, und es ist auch nicht notwendig, daß beim Schuldner schon eine Zahlungseinstellung oder Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vorliege."

Der Richter berücksichtigt also die damalige Vermögenslage des Gemeinschuldners und das etwaige Vorliegen einer Überschuldung bei der Würdigung der vom Anfechtungsgegner im Entlastungsbeweis vorgebrachten Tatsachen. Dies ist auch daraus zu schließen, daß eine Benachteiligungsabsicht fehlt, wenn der Schuldner davon überzeugt ist, daß seine Mittel zur vollen und rechtzeitigen Befriedigung aller übrigen Gläubiger ausreichen werden, daß er also den Begünstigten nur früher befriedigt, als er zu beanspruchen hat. [2] Bei inkongruenter Dekkung genügt zu der Annahme einer Begünstigungsabsicht nach herrschender Ansicht schon das Bewußtsein, daß es zum Konkurs kommen könne. [3] Das Drohen

---

1) Nach h.M. ist die Begünstigungsabsicht selbst keine klagebegründende Tatsache, sondern ihr Mangel bildet den Grund einer rechtsverneinenden Einwendung, vgl.JAEGER-LENT (1958) Anm.59 zu § 30 KO m.w.Nachweisen.

2) Vgl.JAEGER-LENT (1958) Anm.62 zu § 30 KO.

3) Vgl.BÖHLE-STAMSCHRÄDER, Anm.4d zu § 30 KO, JAEGER-LENT (1958) Anm.62 zu § 30 KO.

des Konkursverfahrens, die Krisentatsache, wird offensichtlich in Verbindung mit der Vermögenslage bzw. dem Vorliegen einer Überschuldung gebracht. Die Überschuldung wird allerdings nicht als zwingendes Indiz für eine Benachteiligungsabsicht gewertet, wie überhaupt die kritische Vermögenslage bzw. eine Überschuldung nicht als notwendige und hinreichende Bedingung für die Anfechtbarkeit angesehen wird. Trotz Überschuldung wird der Entlastungsbeweis gelingen, wenn die Kenntnis des Anfechtungsbeklagten fehlt. Trotz Überschuldung kann die Begünstigungsabsicht fehlen, wenn der Schuldner fest damit rechnete, daß er Mittel erhält. Der Gesetzgeber will aber offensichtlich vermeiden, daß Gläubiger Sicherheit oder Deckung, auf die sie keinen Anspruch haben, zu einem Zeitpunkt erhalten, in dem sich die Vorboten eines Konkursverfahrens bereits eingestellt haben. [1] Die Rechtsprechung zählt die kritische Vermögenslage bzw. die Überschuldung zu diesen Vorboten. Die Zahlungseinstellung (der eigentliche Ausbruch der Krise) kann es naturgemäß nicht sein, denn das tempus fatale liegt ja gerade vor ihr.

Das unlautere Gepräge von Rechtshandlungen, die inkongruente Deckung gewähren, präsumiert zwar schon die mala fides (dolus ex re), jedoch ist diese Auffälligkeit "nicht die einzige Quelle, aus welcher der Anfechtungsgegner seine Kenntnis der kritischen Thatsachen schöpfen kann. Die persönliche Bekanntschaft mit den Vermögensverhältnissen des Kridars, direkte Mittheilungen unterrichteter Personen sind dazu offenbar im gleichen Maß geeignet..." [2]

Als Gläubigerschutz-Bilanzzweck ergibt sich somit:

(II) Angesichts eines drohenden oder bevorstehenden Konkursverfahrens - signalisiert durch eine kritische Vermögenssituation in der Bilanz - soll keinem Gläubiger inkongruente Deckung gewährt werden: in den letzten 10 Tagen vor Zah-

---

1) In einem Kreditvertrag sei periodische Vorlage der Bilanz vereinbart worden. Eine Bilanz weise plötzlich eine Überschuldung aus. Der Gläubiger dringe auf hypothekarische Absicherung: bricht innerhalb der nächsten 10 Tage Konkurs aus, so ist das Sicherungsgeschäft anfechtbar. Der Entlastungsbeweis wird dem Gläubiger nicht gelingen, da er Kenntnis von der drohenden Krise besaß. Es scheint, als übe hier eine Bilanz kraft Privatrechtsverhältnis die Gläubigerschutzfunktion der öffentlichrechtlichen Bilanz aus. Wenn es aber in der Begründung des Entwurfes der KO von 1877 heißt, von einem Gläubiger, der kurz vor Ausbruch der Zahlungsunfähigkeit inkongruente Deckung erhalten habe, dürfe man wenigstens verlangen, daß er sich nach den bestehenden Verhältnissen erkundige, so läßt sich hieraus eine öffentlichrechtliche Bilanz ableiten, vgl. Materialien (1877), S. 134.

2) COSACK (1884) S. 208 f.

lungseinstellung oder Konkursantrag erfolgte Rechtshandlungen, die einem Konkursgläubiger Deckung oder Befriedigung gewähren, auf die er keinen rechtlichen Anspruch hatte, sind anfechtbar, sofern der Gläubiger nicht seine Unkenntnis von einer Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners nachweist. Dieser Entlastungsbeweis wird ihm in der Regel nicht gelingen, wenn der Gemeinschuldner zu der Zeit, als dieser ihm die inkongruente Deckung einräumte, bereits überschuldet war und er dies wußte.

dd) Erzeugung von Anfechtungstatbeständen im Rahmen des § 31 Nr.2 KO (III)

Ein mit dem letzten sehr eng verwandter Gläubigerschutz-Bilanzzweck läßt sich aus § 31 Nr.2 KO, der die Absichtsanfechtung regelt, ableiten. Im letzten Jahr vor Konkurseröffnung mit Angehörigen geschlossene Verträge, durch die die Konkursgläubiger benachteiligt werden, sind anfechtbar, sofern der Angehörige nicht beweist, daß ihm eine Benachteiligungsabsicht unbekannt war. Zum Begriff der Benachteiligungsabsicht im Rahmen des § 31 Nr.2 KO sei auf folgende Urteile verwiesen:

- RG JW 1898 S.223: "Der BR nimmt weiter an, daß sich diese besondere (auf Verkürzung seiner Gläubiger gerichtete, der Verf.) Absicht aus der ganzen Sachlage, namentlich aus dem gänzlichen Vermögensverfall (Hervorhebung vom Verf.)..."
- RG JW 1898 S.664: "Wenn, wie behauptet, aber bisher thatsächlich nicht festgestellt ist, zur Zeit des angefochtenen Rechtsgeschäfts der Ehemann der Bekl. in unzweifelhaften Vermögensverfall (Hervorhebung vom Verf.) geraten war, so war in Folge dessen ipso jure die dos an die Bekl. zurückgefallen."
- RG LZ 1914 Sp.867: "... dem Schwiegervater des einen Gesellschafters volle Befriedigung gewährt wurde, obwohl das Vermögen der Schuldnerin zur Befriedigung aller (Hervorhebungen vom Verf.) Gläubiger nicht ausreichte."

Diese Judikatur zeigt wiederum deutlich, daß der Richter die Vermögenslage und eine etwaige Überschuldung als wesentliche Momente bei der Prüfung des Entlastungsbeweises berücksichtigt. Der Gesetzgeber will verhindern, daß der Schuldner angesichts eines drohenden oder bevorstehenden Konkursverfahrens Vermögens teile an Angehörige verschiebt. Rechtsgeschäfte mit diesem Ergebnis macht er rückgängig, indem er dafür sorgt, daß der Angehörige mit seinem Entlastungsbeweis nicht durchdringt, wenn beim Gemeinschuldner damals eine kritische Vermögenslage bzw. Überschuldung vorlag, es sei denn, er macht triftige Einwendungen zu Gunsten seiner Redlichkeit.

Als nächster Gläubigerschutz-Bilanzzweck wird festgehalten:

(III) Der Schuldner soll angesichts eines drohenden oder bevorstehenden Konkursverfahrens - signalisiert durch eine kritische Vermögenssituation in der Bilanz - seinen nahen Verwandten keine Vermögensteile zuschieben: eine damalige Überschuldung des Gemeinschuldners wird dem Angehörigen in der Regel Einwendungen der Redlichkeit abschneiden, so daß ein solches Rechtsgeschäft erfolgreich angefochten und rückgängig gemacht werden kann.

ee) Erzeugung von Anfechtungsvoraussetzungen bei der Absichtsanfechtung des § 31 Nr. 1 KO (IV)

Als letzter Fall einer bereits vor Konkurseröffnung durchgreifenden Dispositionsbeschränkung wird die Absichtsanfechtung des § 31 Nr.1 KO behandelt. Danach sind Rechtshandlungen anfechtbar, welche der Gemeinschuldner in der dem anderen Teile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat. [1] Hier muß umgekehrt dem Begünstigten die Kenntnis von der Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners nachgewiesen werden. Zum Begriff der Benachteiligungsabsicht im Rahmen des § 31 Nr.1 KO wurde folgendermaßen entschieden:

- RG JW 1902 S.25: "... der Beklagte habe bei Abschluß des Geschäftes gewußt, daß K. überschuldet (Hervorhebung vom Verf.) sei und unmittelbar vor dem Zusammenbruche seiner kaufmännischen Existenz stehe."
- RG JW 1913 S.439: Benachteiligungswille liegt vor, wenn eine Überschuldung als möglich vorgestellt wurde.
- RG JW 1917 S.718: "Die Möglichkeit, daß sie inzwischen von ihrem Bruder selbst oder daß sie von dritter Seite Ungünstiges über die Vermögenslage (Hervorhebung vom Verf.) desselben in Erfahrung gebracht oder eigene Wahrnehmungen dieser Art gemacht hat..."
- RG LZ 1925 Sp.870: "Sie (die Liquidatoren, der Verf.) waren sich also der Möglichkeit einer Überschuldung des Gesellschaftsvermögens (Hervorhebungen vom Verf.) bewußt,..."
- BGH WM 1959, 2 S.1009: "Nur wenn er gemeint hätte, alle Gläubiger der GmbH könnten voll befriedigt werden und er werde aus den zu erwartenden Einnahmen der GmbH als ihr einziger Gesellschafter einen solchen Gewinn ziehen, daß auch er seine eigenen Gläubiger werde voll (Hervorhebungen vom Verf.) befriedigend können, hätte er die bevorzugte Sicherung eines einzelnen Gläubigers für unschädlich halten können."

---

1) Hier ist die Benachteiligungsabsicht anspruchbegründende Tatsache.

- BGH WM 1960, 1 S.548: "Der Ehemann der Beklagten hat, wie im wesentlichen unstreitig ist, im Jahre 1954 insgesamt etwa 37.000 DM aus seinem Geschäft entnommen. Er hat also auch unter Berücksichtigung der Gewinne der Jahre 1953 und 1954 (von rund 24.000 DM, der Verf.) eine Verschuldung von rund 13.000 DM herbeigeführt. War ihm, als er der Beklagten die Beträge von zusammen 25.829,26 DM zuwandte, bewußt, daß er darüber hinaus weitere 13.000 DM zu Lasten seiner Gläubiger entnommen habe oder noch entnehmen werde, so würde mindestens in dieser Höhe (Hervorhebungen vom Verf.) die Feststellung des Berufungsgerichts, er habe den Willen gehabt, seine Gläubiger zu benachteiligen, keinen Bedenken unterliegen."

Es wird indessen betont, daß das Bewußtsein schon vorhandener Zahlungsunfähigkeit oder Vermögensunzulänglichkeit keineswegs ohne weiteres den Schluß auf eine Benachteiligungsabsicht des Schuldners rechtfertigt, nämlich dann nicht, wenn der Wille des Schuldners ausschließlich auf andere Zwecke gerichtet war. [1] So wenn er durch die Veräußerung für sich und die Seinen den notwendigen Lebensunterhalt beschaffen wollte. So wenn er sich durch die Veräußerung lediglich die für die Fortführung des Geschäfts notwendigen Gegenstände beschaffen wollte. [2] In solchen Ausnahmefällen ist das Bewußtsein vorhandener Überschuldung durchaus mit redlicher Absicht verträglich. Dagegen wird bereits vorhandene Insuffizienz bei freigebigen Zuwendungen und bei inkongruenter Deckung regelmäßig den Beweis der Arglist in sich schließen. [3] Dies sind aber zugleich die für den Gläubiger gefährlichsten Rechtshandlungen. Die Benachteiligungsabsicht kann der Richter aber auch aus anderen Umständen folgern, etwa aus der Hast der Verfügung über wesentliche Zugriffswerte [4], wie ihr Erkennen überhaupt immer auf einer sachlichen Prüfung der konkreten Lage des Einzelfalls beruht. [5]

---

1) Vgl. JAEGER-LENT (1958) Anm. 6 zu § 31 KO.
2) Vgl. JAEGER-LENT (1958) Anm. 67 zu § 31 KO m.w. Beispielen.
3) "... bei Beurtheilung der Hauptfrage, ob eine Bevortheilung der Gläubiger beabsichtigt worden ist, wird die Vermögenslage, in welcher sich der Gemeinschuldner zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung befand, gewiß immer ihre gebührende Würdigung finden" (Entwurf (1857) S.428) "Das Bewußtsein schon vorhandener Insuffizienz kann zwar einen Beweis für die Arglist in sich schließen, wie dies namentlich bei Schenkungen oder bei begünstigenden Befriedigungen der Fall sein wird, - es ist aber mit vollkommen redlicher Absicht verträglich" (Materialien (1877) S.138)
4) Vgl. JAEGER-LENT (1958) Anm. 18 zu § 31 KO.
5) Die Lübecker Konkursordnung definierte die fraus als Kenntnis des Schuldners und des anderen von der Überschuldung des Ersteren, vgl. Materialien (1877) S.114. "Die beyden Erfordernisse (der Paulianischen Klage, der Verf.) in dem

Daß aber eine damalige Überschuldung, insbesondere bei Schenkungen und begünstigenden Befriedigungen, wesentlicher Anhaltspunkt für die Benachteiligungsabsicht ist, steht außer Frage. Die Benachteiligungsabsicht ihrerseits begründet den Rückgewährungsanspruch. Im Ergebnis bewirkt also die kritische Vermögenslage bzw. Überschuldung auch hier bei allen konkursfähigen Schuldnern, einerlei ob bei ihnen Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung Konkursgrund ist, eine Dispositionsbeschränkung.

Als Gläubigerschutz-Bilanzzweck formuliert heißt dies:

(IV) Der Schuldner soll angesichts eines drohenden oder bevorstehenden Konkursverfahrens - signalisiert durch eine kritische Vermögenssituation in der Bilanz - grundsätzlich keine die Gesamtheit der Konkursgläubiger benachteiligenden Rechtsgeschäfte vornehmen, insbesondere soll er bei bereits vorhandener Überschuldung keine freigebigen Verfügungen treffen und keine inkongruente Dekkung gewähren: die damalige Überschuldung sichert den Rückgewähranspruch.

b. Erzeugung von Straftatbestandsmerkmalen im Rahmen des Konkursstrafrechts

Das Strafbare in den Insolvenzdelikten der Konkursstrafbestimmungen besteht darin, daß die Aussicht der Gläubiger auf Erlangung einer Befriedigung im Konkursverfahren gefährdet wird. Die Strafbarkeit des Schuldners beruht nicht darauf, daß er in Konkurs gefallen ist,

---

Fortsetzung der Fußnote 5) von Seite 17:
angestellten Satz - der Betrug und Nachtheil für die Gläubiger, - zeigen von selbst darauf hin, wie der Zustand des Vermögens beschaffen seyn müsse, wenn man eine zur Zurückforderung geeignete Veräußerung annehmen kann. Das Vermögen nemlich muß entweder schon vor der Veräußerung nicht mehr zur Befriedigung der Gläubiger ausreichen, oder doch muß diese Veräußerung dasselbe unzureichend machen. Den Beweis dieser Behauptung führe ich aus dem Gegentheile, daß es nemlich ja von dem eigenen Vermögen des Schuldners abgeht, wenn er, ungeachtet einer für sein Vermögen nachtheiligen Veräußerung, noch hinlänglich übrig hat seinen Gläubigern gerecht zu werden. Wie kann er sie betrügen, wenn sie nicht Nachtheil leiden?" (HASCHE (1797) S.65 f.). Dabei ist wichtig anzumerken, daß die hamburgische Fallitenordnung als Konkursgrund sowohl Überschuldung als auch Zahlungsunfähigkeit vorsah. "Der Zustand der Insolvenz (gemeint ist hier Überschuldung, der Verf.) hängt damit nur etwa insofern zusammen, daß der animus fraudandi leichter zu beweisen ist, wenn der Schuldner die Veräußerung erst zu einer Zeit vornahm, wo ihm jener Zustand nicht mehr unbekannt seyn konnte" (v.BAYER (1842) S.53 f.).

oder daß die Gläubiger keine volle Befriedigung erhalten. Die Strafbestimmungen schützen nicht den Bestand der Gläubigerforderungen überhaupt, sondern nur insoweit, als sie durch Handlungen des Täters über die im Konkursverfahren eintretende Verkürzung hinaus noch geschmälert werden. Bestraft wird nicht die Verkürzung an sich, sondern die weitergehende Schmälerung. [1)]

Diese Eigenart liegt im Wesen der Kreditbeziehungen begründet. Der Gläubiger geht mit der Kredithergabe ein Ausfallrisiko ein, das er sich mit einem über die Tilgung hinausgehenden Entgelt vergüten läßt. Verliert der Schuldner das Erhaltene durch Umstände, die in der Natur des Wirtschaftsablaufs liegen und würde er deshalb wegen Konkurses bestraft, so würde er für das Risiko bestraft, welches der Gläubiger - nach Gewinn strebend - gesucht hat. Auf der anderen Seite darf der Schuldner die Forderung nicht mit einem unerträglichen Risiko belasten und die ihm gewährte Verfügungsfreiheit über fremdes Vermögen mißbrauchen.

Zum Schutz der Gläubiger setzen die Konkursstrafbestimmungen deshalb dem Handeln oder Unterlassen des Schuldners Grenzen. Sie deklarieren gewisse Handlungen des Schuldners, sofern seine wirtschaftlichen Verhältnisse einen bestimmten kritischen Punkt erreicht haben, als nicht mehr mit dem kaufmännischen Ehrenkodex vereinbar. Sie fixieren Zeitpunkte, von denen ab Handlungen eines Schuldners, die sonst im Rahmen einer ordentlichen Wirtschaftsführung liegen, nicht mehr den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen.

Die Bedeutung der eben getroffenen Feststellungen für die vorliegende Untersuchung kann nicht überschätzt werden: das Insolvenzstrafrecht überträgt an verschiedenen Stellen der Handelsbilanz die Aufgabe, solche kritischen Schwellen zu indizieren. Insoweit fällt der Handelsbilanz die Aufgabe zu, Grundsätze ordnungsmäßiger Wirtschaftsführung zu definieren. Bilanzierungsanweisungen tragen rechtspolitischen Charakter.

---

1) "Die Auffassung über die deliktische Bedeutung der Voraussetzungen zu a und b (Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung einerseits und Bankrotthandlungen in Gläubigerbenachteiligungsabsicht andererseits, der Verf.) hat sich im Laufe der Zeit grundlegend gewandelt. Während früher der Bankerott, der Ausbruch des Zahlungsunvermögens durch Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung, als das eigentlich Strafwürdige galt und die Bankerotthandlungen lediglich als Indizien, Anzeichen der Schuld, gewertet wurden, sehen Rechtsprechung und Schrifttum heute den Unrechtsgehalt vornehmlich in den Bankerotthandlungen." (BÖHLE-STAMSCHRÄDER, Anm. 1 und 2 zu § 239 KO)

aa) Signalisierung eines drohenden Konkursverfahrens im Rahmen des Konkursstrafrechts (V)

Grundsätzlich steht es dem Schuldner frei, über sein Vermögen zu verfügen und es mit fremden Rechten zu belasten. Die Verfügungsmacht über sein Vermögen büßt er erst ein, wenn das Konkursverfahren ausgebrochen ist. Angesichts eines drohenden Konkursverfahrens mißbilligt die Rechtsordnung jedoch bereits bestimmte Handlungen:

§ 239 I Nr.1 KO: der verfügungsberechtigte Schuldner verkürzt die haftende Masse, indem er Vermögensstücke verheimlicht oder beiseite schafft,

Nr.2: er erhöht scheinbar die auf der Masse lastenden Verbindlichkeiten, indem er erdichtete Schulden oder Rechtsgeschäfte aufstellt oder anerkennt,

Nr.3, 4: er führt nicht, verheimlicht, vernichtet oder führt die Bücher unordentlich,

§ 240 I Nr.2 KO: er belastet das haftende Vermögen mit weiteren Verbindlichkeiten, indem er Waren oder Wertpapiere auf Kredit kauft, um sie zu verschleudern,

§ 241 KO: er verkürzt die haftende Vermögensmasse, indem er einem der Gläubiger inkongruente Sicherung oder Befriedigung gewährt,

§ 242 I Nr.1 KO: ein Dritter verkürzt das haftende Vermögen, indem er im Interesse des Schuldners Vermögensstücke verheimlicht oder beiseite schafft,

Nr.2: ein Dritter macht erdichtete Forderungen im eigenen Namen oder durch vorgeschobene Personen geltend.

Die in diesen Bestimmungen bezeichneten Handlungen können nur angesichts eines drohenden Konkursverfahrens begangen werden, und der Täter ist deswegen zu bestrafen, weil er sie angesichts eines solchen begeht. [1] [2] Das Drohen des Kon-

---

1) So ist wohl auch folgende Stelle zu verstehen: "Die Vorschrift rief mehrfache Erinnerungen in Beziehung auf den dolus hervor, indem die Anwendung der Bankeruttstrafen nur dann gerechtfertigt sei, wenn das Angreifen des anvertrauten Gutes zu einer Zeit erfolgte, in welcher der Unterschlagende schon die Unmöglichkeit oder Unwahrscheinlichkeit der Erstattung vorausgesehen habe." (GOLTDAMMER (1852) S.595)

2) Bei § 240 I Nr.2 KO handelt der Täter in dem Bewußtsein, durch sein Verhalten die Eröffnung des drohenden Konkursverfahrens hinauszuschieben (vgl. RGSt 38, 331), wodurch besonders deutlich wird, daß die Straftat allein angesichts eines drohenden Konkursverfahrens begangen werden kann.

kursverfahrens begründet die Strafbarkeit der jeweiligen Handlung; es ist Straftatbestandsmerkmal. Es hat nur indirekt Aufnahme in die Strafvorschrift gefunden und ergibt sich aus dem Zusammenhang der Merkmale. [1] Ein Konkursverfahren droht, wenn der Schuldner damit rechnen muß, daß seine Gläubiger die Einleitung des Verfahrens betreiben werden. [2] Das Merkmal des drohenden Konkursverfahrens ist durch schwere Zahlungsschwierigkeiten erfüllt, die sich äußerlich in einem zunehmenden Mangel an Barmitteln und Kreditmöglichkeiten zeigen. [3] Frühzeitig, wenn schwere Zahlungsschwierigkeiten äußerlich noch nicht erkenn-

---

1) Vgl. DIETHELM (1965) S. 224 ff. "Das zum Unrechtstatbestand gehörende Merkmal des drohenden Vollstreckungsverfahrens... ist von der Rechtsprechung bisher noch nicht als Bestandteil dieser Vorschriften erkannt worden, wenn es auch bei der Auslegung der übrigen Merkmale stets als gegeben vorausgesetzt wird. Auch die Rechtslehre ist an diesem Merkmal bisher achtlos vorübergegangen." (Ders., S. 55 f.) So SCHAEFER in Lpz. Komm. Anm. IVa zu § 239 KO (m. w. Nachweisen): der Vorsatz erfordert "hingegen nicht die Kenntnis von der in Aussicht stehenden Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung (RGSt 45, 96)".

2) Im Rahmen der Vollstreckungsvereitelung (§ 288 StGB) wird das Drohen des Vollstreckungsverfahrens folgendermaßen charakterisiert: "Dafür, daß die Zwangsvollstreckung eines bestimmten Gläubigers im Sinne des § 288 StGB droht, ist zwar nicht Voraussetzung, daß er schon Schritte zur Zwangsvollstreckung unternommen hat, ja nicht einmal unbedingt, daß seine Forderung bereits fällig ist;" es bedarf selbst dessen nicht, daß der Gläubiger die Absicht der Geltendmachung seiner Forderung durch schlüssiges Handeln gezeigt haben muß, wenn der Schuldner aus der besonderen Natur der in Betracht kommenden Forderung oder aus sonstigen Umständen das nahe Bevorstehen des zwangsweisen Vorgehens des Gläubigers entnehmen muß." (RG JW 1931, S. 2134)

3) § 241 KO fordert außerdem, daß der Schuldner zur Tatzeit objektiv zahlungsunfähig war und er subjektiv hiervon Kenntnis besaß oder den Eintritt dieses Ereignisses in naher Zukunft unvermeidlich voraussah. (Der objektive Begriff der Zahlungsunfähigkeit deckt sich weitestgehend mit dem des § 102 KO. Die Vermutung des § 102 II, daß Zahlungsunfähigkeit insbesondere anzunehmen ist, wenn Zahlungseinstellung erfolgt ist, gilt jedoch im Strafverfahren nicht: Zahlungseinstellung beweist noch nicht die Zahlungsunfähigkeit, sie ist nur ein Beweiszeichen, vgl. BÖHLE-STAMSCHRÄDER, Anm. 5 zu § 241 KO, denn naturgemäß hindert die Fähigkeit, Zahlung mit Geldern zu leisten, die sich der Schuldner durch strafbare Handlungen verschafft hat, hier nicht die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit.) Die Zahlungsunfähigkeit begrenzt bei § 241 KO somit einen engeren Zeitraum, in dem die strafbare Handlung begangen werden kann, als das drohende Konkursverfahren.

bar sind, kann die Bilanz ein drohendes Konkursverfahren signalisieren. [1] Schon in dieser Zeitspanne vorgenommene Rechtshandlungen der in den obigen Paragraphen beschriebenen Art lassen darauf schließen, daß der Täter mit einem Konkurs gerechnet und versucht hat, für sich zu retten, was zu retten ist. In diesem Zusammenhang führt das Reichsgericht aus [2]:

"Geht man dagegen davon aus, daß nur die bewußte Benachteiligung der Kreditoren durch absichtliche Bevorzugung eines Gläubigers mit Strafe bedroht ist, so kann dem Schuldner der Beweis nicht abgeschnitten werden, daß sein Vermögen zur Befriedigung seiner übrigen Gläubiger ausreichend gewesen sei, weil unter dieser Voraussetzung möglicherweise der Schluß gerechtfertigt sein kann, daß dem Schuldner das Bewußtsein einer Benachteiligung seiner übrigen Gläubiger gefehlt, ..."

Die Bedeutung der Bilanz für die Aufdeckung von Insolvenzdelikten unterstreicht BERTLING [3]:

"Grundsätzlich aber werden die Konkursakten... angefordert oder in den Räumen des Insolvenzgerichts eingesehen und auf das Vorliegen von Insolvenzdelikten usw. geprüft. Die Auswertungsarbeit darf nur von erfahrenen Wirtschaftskriminalisten vorgenommen werden, da z.B. auch die Bilanzentwicklungen der letzten Jahre, die Verlust- und Gewinnrechnungen usw. kritisch betrachtet werden müssen, um mit Hilfe von Bilanzanalysen usw. den Verdacht von Insolvenzdelikten zu begründen oder einen solchen Verdacht zu verneinen."

Für die innere Tatseite des Merkmals des drohenden Konkursverfahrens genügt der Nachweis des dolus eventualis: der Täter wird bestraft, wenn er die Möglichkeit des Konkurses nur in Kauf nimmt. [4] Diese Feststellung ist deshalb wichtig, weil, wenn dolus directus gefordert würde, die Bilanz hier keine Bedeutung haben könnte, denn aus ihr läßt sich keinesfalls mit Sicherheit der Beginn einer Krise ablesen.

Als Gläubigerschutz-Bilanzzweck formuliert, lautet das Ergebnis dieses Abschnitts:

(V) Die Bilanz hat die Aufgabe, ein drohendes Konkursverfahren zu signalisieren, d.h. eine Schwelle zu indizieren, von der ab die Vornahme der in den §§ 239, 240 I Nr.2, 241, 242 KO aufgezählten Handlungen als nicht mehr mit den

---

1) Vgl. DIETHELM (1965) S.227

2) RGSt 7, 142 (144)

3) BERTLING in: Kriminalistik, Zeitschrift für die gesamte kriminalistische Wissenschaft und Praxis, 18.Jg., (1964) S.378 f.

4) DIETHELM (1965) S.158, 162, 163 m.w. Nachweisen.

Grundsätzen ordnungsmäßiger Wirtschaftsführung vereinbar gelten, sondern als gläubigerschädigende, strafbare Delikte dem Schuldner verboten sind. [1]

Eine Vereinfachung und Klarstellung, die im Ergebnis auf das Merkmal des drohenden Konkursverfahrens hinausläuft, sieht der Entwurf des Strafgesetzbuches in der Fassung von 1960 vor. [2] Er wandelt die Tatbestände in Erfolgsdelikte um und setzt an die Stelle der Benachteiligungsabsicht, die von der Rechtsprechung nur als unbedingter Benachteiligungsvorsatz aufgefaßt worden ist, die konkrete Gläubigergefährdung. Hierunter ist die Herbeiführung oder Vergrößerung einer konkreten Gefahr für die Gläubiger, d.h. einer nach den Umständen nahen Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, zu verstehen. Sie wird angenommen, wenn der Schuldner durch sein Verhalten eine Krise seines Unternehmens verursacht oder wenn er die Bankrotthandlung begeht ungeachtet der Tatsache, daß sich sein Unternehmen bereits in einer Krise befindet. Bei schwerem Bankrott wird die Gläubigergefährdung vorsätzlich, bei einfachem Bankrott fahrlässig herbeigeführt. Beim Vorsatz läßt der Entwurf bereits dolus eventualis genügen, "weil ein Schuldner, der vor dem wirtschaftlichen Zusammenbruch steht, nicht nur dann Strafe verdient, wenn er in voller Kenntnis seiner Lage eine Bankrotthandlung vornimmt, sondern auch, wenn er infolge ungenügender Übersicht über seine Verhältnisse mit der Möglichkeit einer kritischen Lage rechnet und ohne Rücksicht darauf handelt." [3]

bb) Maßstab für die Feststellung übermäßigen Aufwandes (VI)

Nach § 240 I Nr. 1 KO wird ein Fallit bestraft, wenn er durch Aufwand, Spiel, Wette oder Differenzhandel übermäßige Summen verbraucht hat oder schuldig geworden ist.

Der Schuldner darf als frei Verfügungsberechtigter über sein Vermögen Aufwand treiben. Der kaufmännische Ehrenkodex gebietet ihm jedoch, ein bestimmtes Maß einzuhalten. Überschreitet er dieses Maß, so würden die Forderungen der Gläubiger mit einem unerträglichen Risiko belastet und die Aussichten der Gläubiger auf Befriedigung im Konkursverfahren entsprechend geschmälert. Hierin besteht der Unrechtsgehalt und die Rechtfertigung der Strafbarkeit der Delikte des § 239 I Nr. 1 KO.

---

1) Schuldner in diesem Sinne sind auch die Gesellschafter der OHG, die persönlich haftenden Gesellschafter der KG (vgl. BÖHLE-STAMSCHRÄDER, Anm. 5 zu § 239 KO, SCHÖNKE-SCHRÖDER, Anm. 6 zu § 239 KO), die Geschäftsführer einer GmbH (§ 83 GmbHG) und die Vorstandsmitglieder einer AG oder Genossenschaft (§ 244 KO); vgl. hierzu RGSt 42, 278 und RGSt 73, 117.

2) Vgl. Entwurf (1960) S. 413.

3) Entwurf (1960) S. 413.

Die Prüfung des Tatrichters, ob der Schuldner übermäßigen Aufwand getrieben hat, erfolgt in zwei Schritten: wurde erstens Aufwand getrieben und war dieser zweitens übermäßig? Aufwand sind Ausgaben, die nach dem durch Einkommen und Vermögen bezeichneten Lebenszuschnitt des Schuldners das Notwendige und Übliche überschreiten. Übermäßig ist der Aufwand, wenn er zu den gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens- und Einkommensverhältnissen außer Verhältnis steht. Die zu dem Begriff der Übermäßigkeit ergangenen Urteile lassen erkennen, daß der Richter die bilanzmäßige Vermögenslage als Maßstab in seine Würdigung einbezieht [1]; besonders

- RGSt 14, 80 (86): "Der gesetzgeberische Grund, welcher zu der Strafsanktion führte, ist der, den Leichtsinn des Schuldners und die dadurch für die Gläubiger herbeigeführte Gefährdung nicht ungeahndet zu lassen, welcher darin liegt, daß ein Schuldner, der in einer zur Zahlungseinstellung führenden Vermögenslage sich befindet, auf Spiel und gewagte Geschäfte sich einläßt, welche zu dem Verluste übermäßiger Summen führen können... Als Ausgangspunkt der Prüfung dieser Frage (der Übermäßigkeit der verlorenen Summen, der Verf.) hat die Vorinstanz in rechtlich zutreffender Weise die Gesamtvermögenslage des Beschwerdeführers und die Vergleichung derselben mit den Verlusten genommen."
  (87): "... hinsichtlich des Bestandes des damaligen Aktivvermögens..."
  "... mag derselbe (der Schuldner, der Verf.) Klarheit über seine Vermögenslage sich verschafft, oder dies zu thun unterlassen haben."

- RGSt 15, 309 (313): "Für die Frage, ob verbrauchte Summen als übermäßig anzusehen sind, sind die Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Schuldners maßgebend... Beispielsweise wäre eine Bestrafung eines Geschäftsmannes nicht gerechtfertigt, welcher, obwohl seine Aktiva nicht die Schulden decken und das Geschäft eine Reineinnahme nicht abwirft, die Bruttoeinnahmen zu seinem und seiner Familie notdürftigen Unterhalt verbraucht."

- RG GA 64, 116: "... trotz großer Unterbilanz"

- RG JW 1935, 2061: "... eine bloße Illiquidität, d.h. eine Anspannung der Geldlage derart, daß dem Betrieb die flüssigen Mittel gefehlt hätten, würde für sich einen hohen Aufwand noch nicht zu einem übermäßigen stempeln... Mit

---

1) RGSt 7, 91; BGH WM 60, 204; BGHSt 3, 26. Vgl. SCHMIDT (1893) S. 195: "Ferner ist Bestrafung nicht ausgeschlossen, wenn der Gemeinschuldner..., als er große Summen verbrauchte, über seine Vermögenslage unrichtige Vorstellungen hatte, denn hier liegt ihm die unerläßliche Verpflichtung ob, sich genau zu orientieren."

dem Hinweis auf die Illiquidität der Betriebe wird erkennbar (vom Vorderrichter, der Verf.) gesagt, daß der Angeklagte aus dieser ihm bekannten Geldlage der Unternehmen klar ersehen habe, daß es um seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse schlimm stehe..."

- RG HRR 1937 Nr.491: "Diese Ausgaben (2000 RM in 4 Monaten für Spesen, Unkosten oder Auslagen des Angekl., einem Vorstand einer Aktiengesellschaft, der Verf.) überstiegen das Notwendige und Übliche und standen in keinem Verhältnis zu der damals sehr schlechten Vermögenslage der AG... Der Angeklagte hat schon mindestens damals mit der naheliegenden Möglichkeit einer Überschuldung gerechnet."

- BGH GA 58, 47: "... weil sein Betrieb stark überschuldet gewesen sei und er täglich mit der Zahlungseinstellung habe rechnen müssen."

Bereits in der Begründung des Entwurfs des AHGB [1] wird zur allgemeinen Bilanzierungspflicht ausgeführt:

"Jeder von ihnen (den zur Unterzeichnung der Bilanz verpflichteten Gesellschaftern, der Verf.) hat ein solches Interesse an der Lage des gemeinschaftlichen Geschäfts und eine solche Verpflichtung gegen die Gesellschaftsgläubiger, daß von ihm verlangt werden muß, daß er sich mindestens alljährlich von dem Stande der Dinge überzeuge. Wer dies unterläßt, giebt dadurch den Beweis einer großen Fahrlässigkeit und setzt sich unter Umständen im Falle der Zahlungseinstellung sogar der Strafe des einfachen Bankeruttes aus (Strafgesetzbuch § 261)." (Siehe Anhang)

Im Entwurf der vom Reichsjustizministerium eingesetzten Kommission [2] hieß es zur allgemeinen Bilanzierungspflicht:

"... den ganzen Stand seiner Angelegenheiten wenigstens einmal zu gewissen regelmäßig wiederkehrenden Zeiten vor Augen zu bekommen... Bei dem im Handel so nothwendigen Vertrauen und bei der Möglichkeit des Mißbrauches desselben durch fahrlässigen oder gar betrügerischen Bankerott ist es nicht bloß das Interesse des einzelnen Kaufmanns, sondern das allgemeine Interesse, welches die Führung regelmäßiger Handelsbücher erfordert." [3]

---

1) Entwurf (1857) S.21.

2) Entwurf (1849) S.45.

3) Deutlichen Bezug auf einen Überschuldungsgrad nahm das preußische StGB (siehe Anhang § 261 Nr.4). Hierzu führt GOLTDAMMER ((1852) S.600) aus: "Man hat hier versucht, die vielfach angefochtenen §§ 1464 - 1466 des Landrechts (siehe Anhang) durch die Vorschrift des Art.586 des Code de Commerce und

Aus allem ergibt sich als Gläubigerschutz-Bilanzzweck:

(VI) Die Bilanz dient als Maßstab, an dem ein Aufwand gemessen wird, ob er übermäßig ist, d.h. ob der kaufmännische Ehrenkodex dem Schuldner zum Schutz seiner Gläubiger gebietet, diesen Aufwand nicht zu treiben. [1]

Fällt ein Schuldner ohne sein Verschulden - etwa weil er Opfer einer Kettenreaktion von Zusammenbrüchen geworden ist - in Konkurs, so kann er gleichwohl nach § 240 I Nr.1 KO bestraft werden, weil kein Kausalnexus zwischen Aufwand und Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung vorausgesetzt wird, sondern lediglich ein tatsächlicher Zusammenhang in dem Sinne, daß dieselben Gläubiger durch den Aufwand benachteiligt wie auch von der Zahlungseinstellung betroffen werden. [2] Der Entwurf zum Strafgesetzbuch von 1960 spricht deshalb von einer Verletzung des Schuldgrundsatzes. [3] Er behebt diesen Mangel durch Einführung des Tatbestandes der Gläubigergefährdung (s.o.). Auf dieser Basis prüft KLUG [4] die Möglichkeiten einer vorwegnehmenden Anwendung in der lex lata unter Heranziehung des argumentum de lege ferenda und kommt über den übergesetzlichen Tatbestandsausschließungsgrund der Sozialkongruenz zu einem positiven Ergebnis. Damit ist ein deutlicher Bezug auf das Drohen des Konkursverfahrens hergestellt, und

---

Fortsetzung der Fußnote 3) von Seite 25:
einzelner Deutscher Gesetz=Bücher zu verbessern, theils dadurch, daß man die Kenntnis der Insuffizienz auf die vorhandene Bilanz zurückführt, also nicht ein allgemeines unbestimmtes 'Wissen' gefordert hat, theils durch Beschränkung der Insuffizienz auf die Hälfte des Vermögens. Die Erinnerungen, welche in beiderlei Hinsicht, besonders gegen die Zuverlässigkeit einer richtigen Einsicht aus einer durch Waarenpreise, Güte der Forderungen usw. bedingten Bilanz erhoben wurden, sind zwar anerkannt, indes hat man sich überzeugt, daß ein anderes Mittel, erkennbare Merkmale aufzustellen, nicht vorhanden sei."
JAEGER (1936) Anm.7 zu § 240 KO: "... insofern er sich durch Unterlassung ordnungsmäßiger Buchführung und regelmäßiger Bilanzziehung wichtiger Hilfsmittel zur Erkennung seines Vermögensstandes begibt und Gefahr läuft, Vermögensdispositionen zu treffen, denen er wirtschaftlich nicht gewachsen ist."
SCHÖNKE-SCHRÖDER, Anm.24 zu § 240 KO: "Strafbar ist daher der Schuldner, der sich irrtümlich für reich hält und deswegen sich übertriebenen Aufwand leistet."

1) Vgl. S. 22 Fußnote 2.
2) Vgl. RGSt 45, 94, BGHSt 1, 191.
3) Vgl. Entwurf (1960) S.413. KLUG, in KTS 1962, S.73, hält diesen Zustand sogar für verfassungswidrig.
4) In KTS 1962 S.72 ff.

der Verfasser sieht sich in dem, was die eigene Untersuchung ergeben hat, im Ergebnis bestätigt.

2. BANKROTTAUFDECKUNGSFUNKTION SICHERUNG DER BEWEISE GLÄUBIGERSCHÄDIGENDEN VERHALTENS (VII)

Die Buchdelikte des § 239 I Nr. 3 und 4 KO stellen sich als Begleit- oder Folgedelikte des § 239 I Nr. 1 und 2 KO dar und sind insoweit bereits im vorangegangenen Abschnitt mitbehandelt. Sie besitzen aber darüberhinaus einen eigenständigen Unwertakzent. Indem der Schuldner seine Bücher unordentlich oder überhaupt nicht führt, sie verheimlicht oder vernichtet, versucht er, den Nachweis seines gläubigerschädigenden Verhaltens zu vereiteln oder wenigstens zu erschweren - etwa daß er Kenntnis von einem drohenden Konkursverfahren besessen hatte oder wußte, daß er sich in schlechten Vermögensverhältnissen befand und jeder weitere Aufwand übermäßig war.

Die Bilanz besitzt insoweit Beweissicherungsfunktion. [1] Die Art ihrer Aufstellung - die Bündelung von Buchführungszahlen - macht die gesamte Buchführung in hohem Maße fälschungssicher. Wegen der weitgehenden Spezifikation der Bilanz (des Inventars) werden Verheimlichung oder Beiseiteschaffen von Vermögensstükken sowie Belastung der Masse mit erdichteten Schulden evident.

Die Kommission der Ersten Kammer [2] begründet die Pflicht des Gemeinschuldners, bei der Anzeige von der Zahlungsunfähigkeit seine Handelsbücher und eine Bilanz zu übergeben, damit, daß spätere Kollusionen und Malversationen des Gemeinschuldners durch nachträgliche Änderungen der Buchungen unmöglich gemacht werden.

In den Motiven zum Entwurf des AHGB [3] hieß es:

"Die Vorlegung der Bilanz und die Beschlagnahme der Handelsbücher... soll schon gleichzeitig mit jener Anzeige (der Zahlungseinstellung, der Verf.) er-

---

1) Die Beweissicherungsfunktion der Handelsbücher ist gemeint, wenn es heißt: "Grundsätzlich erstreckt sich die Pflicht zur ordnungsmäßigen Buchführung auch auf unerlaubte Geschäfte (Buchführungspflicht auch bei Unterschlagungen und Untreuehandlungen)." (SCHAEFER in Lpz.Komm. Anm. II Ziff. 4d a.E. zu § 239 KO m.w. Nachweisen.)

2) Vgl. Berichte (1855) S. 295

3) Entwurf (1857) S. 431.

folgen, theils um eine Verdunklung der Vermögenslage und Veränderungen in der Zwischenzeit möglichst zu verhindern, theils um dem Gerichte das nächste Material für den die Eröffnung des Konkurses aussprechenden Beschluß zu liefern."

In der Begründung des Entwurfs der KO von 1877 wird ausgeführt [1]:

"Als eine andere und allerdings in allen Fällen wünschenswerthe und gefahrlose Sicherungsmaßregel (im Konkursfalle, der Verf.) erscheint die Schließung der Geschäftsbücher des Gemeinschuldners. Sie soll nicht ein Bücherabschluß im technischen Sinne sein, vielmehr nur durch einfachen Vermerk am Schlusse Nachtragungen verhindern: zugleich ist der äußere Zustand der Bücher zu konstatiren."

Das Reichsgericht führt aus [2], daß die kaufmännische Buchführung die Umstände ersehen lassen soll, die zu der jeweiligen Gestaltung der Vermögenslage des Schuldners geführt haben.

Als Gläubigerschutz-Bilanzzweck folgt aus dem Vorangegangenen:

(VII) Die Bilanz sichert Beweise, die ein etwaiges, gläubigerschädigendes Verhalten des Schuldners aufdecken sollen.

Die Bedeutung dieses Gläubigerschutz-Bilanzzweckes kann nicht überschätzt werden: die Wirksamkeit des Gläubigerschutzes hängt wesentlich davon ab, ob der Tatrichter über geeignete Mittel verfügt, gläubigerschädigendes Verhalten zu diagnostizieren; sie erst ermöglichen das Verhängen von Sanktionen, ohne die der Gläubigerschutz illusorisch bliebe. [3]

---

1) Materialien (1877) S. 311

2) Sächsisches Archiv für Rechtspflege 1917, 61.

3) Dieser Gläubigerschutz-Bilanzzweck scheint der älteste überhaupt zu sein. DABELOW (1801) S. 147 ff.) schreibt über die 135. Novelle des Justitians: "Der Präses der Provinz wollte den Zosarius nicht nur zur Abtretung seines Vermögens zwingen, sondern er wollte auch nicht einmal leiden, daß er Libellos persecutiones rerum suarum übergeben durfte ... Die Libellos persecutorii waren also wohl nichts anderes, als ein Verzeichnis, daß die Schuldner, wenn es zu einem förmlichen Schuldverfahren gegen sie kam, dem Richter über ihr Vermögen einreichen mußten und wodurch sie nachwiesen, wohin solches gekommen war, und daß sie es nicht böslicherweise verschleudert hatten. Es scheint solches nach der Novelle herkömmlich gewesen zu sein, theils, um zum Genusse der Cessio bonorum, um welches hier Zosarius nicht nachsuchte, zu erlangen, theils aber um den Strafen zu entgehen, die... jetzt auf eine muthwillige Vermögens-Verschleuderung standen... Daß darin auch eine Nachweisung der etwa noch aus-

3. VERFAHRENSBESCHLEUNIGUNGSFUNKTION HILFSMITTEL FÜR EIN REIBUNGSLOSES UND VERLUSTSPARENDES KONKURSVERFAHREN (VIII)

Die Buchdelikte des § 240 I Nr. 3 und 4 KO [1] weisen einen anderen Unrechtsgehalt auf als die Buchdelikte des § 239 KO. Ordnungsmäßige Bücher lassen die Zugehörigkeit von Vermögensstücken zur haftenden Masse und die Begründetheit von Gläubigeransprüchen erkennen. Bei ausgebrochenem Konkurs dient die Bilanz zur sicheren und schnellen Orientierung der Gläubiger über die Konkursmasse und das mutmaßliche Ergebnis des Konkurses. So hieß es bereits in der Begründung des Entwurfs des AHGB [2]:

"Diese Vorschrift (jährlich ein Inventar zu errichten und eine Bilanz aufzustellen, der Verf.) scheint nämlich im Interesse der Gläubiger, denen der Kaufmann im Falle der Zahlungseinstellung Rechenschaft über sein ganzes Vermögen abzulegen hat, durchaus nothwendig."

Inventar und Bilanz "sollen (so will es der Gesetzgeber [3]) die Vermögenslage des Gemeinschuldners, wie sie sich durch den Konkurs den Gläubigern gegenüber gestaltet, zur klaren Anschauung bringen."

RGSt 47, 311 (312): "... Handelsbücher müssen so geführt sein, daß sich... im Falle des Konkurses der zur Wahrnehmung der Gläubigerinteressen berufene Konkursverwalter jederzeit, also entweder sofort oder doch ohne nennenswerten Zeitverlust, ein zutreffendes Bild von dem Vermögensstande der Gesellschaft zu machen vermag."

Fortsetzung der Fußnote 3) von Seite 28:
stehenden Schulden und Capitalien enthalten war, versteht sich von selbst; aber dies war bloß zufällig, nicht Hauptsache bey solchen Verzeichnissen... so ist es klar, daß Zosarius sich über dreyerley bey dem Justitian beschwerte: ... zweitens daß man ihn als einen muthwilligen Banquerötteur behandelte, und nicht einmal erlauben wollte, die herkömmliche Nachweisung seines Vermögens zu überreichen;" HASCHE ((1797) S. 101) kommentiert Art. 102 Nr. 8 der hamburgischen Fallitenordnung (siehe Anhang) wie folgt: "Die gefährliche Absicht kann in nichts anderem bestehen, als in der Absicht, seinen statum zu verheelen. Entweder nun, weil der Schuldner etwas auf die Seite gebracht hat, oder sonst das Urtheil über seine Wirtschaft fürchtet."

1) Die Nummern 3 und 4 schützen dasselbe Rechtsgut, vgl. BÖHLE-STAMSCHRÄDER, Anm. 5d zu § 240 KO m. w. Nachweisen.
2) Entwurf (1857) S. 21.
3) Materialien (1877) S. 312.

Ordnungsmäßige Bücher erleichtern es weiterhin der Gläubigerversammlung, kurzfristig Entscheidungen hinsichtlich der optimalen Verwendung des schuldnerischen Vermögens zu treffen. Der Mangel ordnungsmäßiger Bücher birgt entsprechend die Gefahr einer Verzögerung und Erschwerung der Verwertung der haftenden Masse in sich, möglicherweise derart, daß die Aussicht der Gläubiger auf Erlangung einer Befriedigung zunichte gemacht wird. [1) 2)]

Diese Gefahr rechtfertigt die Bestrafung des die Buchführungs- und Bilanzierungspflicht verletzenden Täters. Schädigungsabsicht wird nicht gefordert, die Buchdelikte des § 240 I Nr. 3 und 4 KO können also jederzeit - nicht etwa nur angesichts eines drohenden Konkursverfahrens - begangen werden. Denn auch im Falle eines unverschuldeten, plötzlich hereinbrechenden Konkurses darf die Verwertung nicht durch den Mangel ordentlicher Bücher behindert werden.

Der nächste Gläubigerschutz-Bilanzzweck lautet somit:

(VIII) Im Falle eines Konkurses soll die Bilanz ein reibungsloses und verlustsparendes Verfahren ermöglichen.

4. KONKURSANTRAGAUSLÖSUNGSFUNKTION AUSLÖSUNG DER PFLICHT, ANTRAG AUF ERÖFFNUNG DES KONKURSVERFAHRENS WEGEN ÜBERSCHULDUNG ZU STELLEN (IX)

Nach § 148 Nr. 2 GenG, § 48 I GmbHG und § 401 I Nr. 2 AktG werden die die betreffenden Gesellschaft vertretenden Organe bestraft, wenn sie es entgegen den Vorschriften der §§ 118, 140 GenG, §§ 64 I, 71 II GmbHG und §§ 92 II, 268 II AktG unterlassen, im Falle der Überschuldung Antrag auf Konkurseröffnung zu stel-

---

1) Vgl. DIETHELM (1965) S. 272 ff.

2) Die Verschiedenheit der durch § 239 I Nr. 3 und 4 einerseits und § 240 I Nr. 3 und 4 andererseits geschützten Rechtsgüter kommt auch darin zum Ausdruck, daß Täter nach § 240 I Nr. 4 KO nur bilanzierungspflichtige Kaufleute sein können, denn bei einem Kleingewerbe läßt sich im Falle eines Konkurses auch ohne bereits vorhandene Aufschreibungen schnell Übersicht über das haftende Vermögen erlangen, während nach § 239 I Nr. 4 KO Täter auch Minder- und Nichtkaufleute (die freiwillig Handelsbücher geführt haben) sein können (vgl. BÖHLE-STAMSCHRÄDER, Anm. 9a zu § 239 KO m. w. Nachweisen, a. A. SCHAEFER in Lpz. Komm. Anm. II Ziff. 4 zu § 239 KO), denn auch sie können dem Zweck dieser Nr. zuwiderhandeln (vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, Anm. 24 zu § 239 KO).

len [1]. Bei einer Genossenschaft mit beschränkter Haftung besteht Antragspflicht, wenn die "Überschuldung ein Viertel des Betrages der Haftsumme aller Genossen übersteigt", bei der Liquidationsgesellschaft, wenn einfache "Überschuldung" vorliegt. Bei der GmbH und AG besteht Konkursantragspflicht, wenn das "Vermögen der Gesellschaft nicht mehr die Schulden deckt".

Die von einem Gesellschaftsorgan festgestellte Überschuldung zieht zunächst keine andere Rechtsfolge nach sich als die Pflicht, Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens zu stellen. Der Vorstand muß jederzeit so gut über die Lage der Gesellschaft unterrichtet sein, daß er die Möglichkeit einer Überschuldung alsbald erkennen kann, und sich erforderlichenfalls unverzüglich durch Aufstellung einer Vermögensbilanz Gewißheit verschafft. [2] Der Verfasser hält es für notwendig, die aus diesem Anlaß von einem Gesellschaftsorgan aufzustellende Bilanz abzuheben von der Bilanz, die das Konkursgericht zur gewissen Überzeugung des Vorliegens bzw. Nichtvorliegens einer Überschuldung bringen muß. In einer Vorprüfung befindet das Konkursgericht zunächst über die Zulassung des gestellten Konkursantrages. Hierfür genügt die Glaubhaftmachung der Überschuldung, d.h. schon ein geringerer Grad der Beweisführung als in der Hauptprüfung des Konkursgerichtes. Die Überschuldung ist glaubhaft gemacht, wenn sie aus der vom Gesellschaftsorgan vorgelegten Bilanz hervorgeht. Vor Erlaß des Eröffnungsbeschlußes hat wegen der wirtschaftlichen Tragweite der Entscheidung das Gericht in einer Hauptprüfung das Recht und die Pflicht, sich vom Vorhandensein des Konkursgrundes vollkommen zu überzeugen. [3] Zwischen der Bilanz, die bei dem Gesellschaftsorgan die Pflicht, Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens zu stellen, auslöst und der Bilanz, die schließlich die Eröffnung des Konkursverfahrens herbeiführt oder nicht, steht die freie richterliche Beweiswürdigung.

---

1) Die Pflicht, Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens wegen Überschuldung zu stellen, besteht außerdem bei Vereinen (§§ 42, 53 BGB), Stiftungen (§ 86 BGB), juristischen Personen des öffentlichen Rechts (§ 89 BGB) und beim Nachlaß (§§ 1980, 1985 BGB).

2) Vgl. SCHMIDT in Großkomm., GADOW-HEINICHEN, Anm. 10 zu § 83 II AktG. Die Verpflichtung der Geschäftsführer einer GmbH zur Anmeldung des Konkursverfahrens besteht bei Vorliegen der Tatsache der Überschuldung, vgl. SCHMIDT in HACHENBURG, GmbH-Ges. Anm. 4dd zu § 64, im Ergebnis also wie bei der AG. Der Geschäftsführer einer GmbH kann nach § 240 Abs. 1 Nr. 3 KO bestraft werden, wenn er "infolge seiner unordentlichen Buchführung nicht rechtzeitig erkennen kann, daß er nach § 64 GmbH-Gesetz die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen hat." So BGH GA 1954, 311 und bereits auch RGSt 47, 311 (312).

3) Vgl. JAEGER-WEBER (1959) Anm. 2 Nr. 2 zu § 105 KO m.w. Nachweisen.

Als Gläubigerschutz-Bilanzzweck ergibt sich demzufolge:

(IX) Eine in der Bilanz juristischer Personen sich erweisende Überschuldung löst bei den sie vertretenden Organen die Pflicht aus, Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens zu stellen.

5. DISPOSITIONSENTZUGSFUNKTION

a. Feststellung des Überschuldungstatbestandes durch den Konkursrichter (X)

Mag sich auch die Hauptprüfung des Konkursgerichts hinsichtlich des Konkursgrundes der Überschuldung im wesentlichen auf die korrekte Anwendung der von der Rechtsordnung anerkannten Konventionen zur Aufstellung einer Überschuldungsbilanz erstrecken

- RGSt 51, 21 (22): "Mehr aber, als daß sich die Überschuldung aus der den Vorschriften des Gesetzes und in einer Treu und Glauben im Verkehr entsprechenden Weise angefertigten Bilanz ergibt, ist nicht zu fordern, und darauf, wie künftig einmal im durchgeführten Konkursverfahren der wahre Bestand des Vermögens und der Schulden sich herausstellen wird, kommt es nicht an",

so erscheint dennoch die Auffassung kaum angreifbar, daß die mechanische Anwendung dieser Bilanzierungsanweisungen nicht allen Fällen gerecht wird. Überzeugend legt DÜRING [1] dar, daß bei der Prüfung der Frage, ob das Unternehmen wegen Konkurses aufzulösen ist, nur die eine Frage gilt, ob nach den gegebenen Verhältnissen und unter Berücksichtigung aller Umstände das Unternehmen auf die Dauer in der Lage ist, seinen gegenwärtigen Verpflichtungen den Gläubigern gegenüber aus dem vorhandenen Vermögen nachzukommen. Damit ist eine starke Annäherung der Konkursgründe Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung vollzogen. [2] [3]

Die gesetzlichen Vertreter der juristischen Personen verlieren mit der Konkurseröffnung die Befugnis, das Vermögen, soweit es zur Konkursmasse gehört, zu verwalten und darüber zu verfügen, § 6 KO. Alle die Masse betreffenden Rechtshandlungen, die nach Konkurseröffnung von ihnen vorgenommen werden, sind den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam, § 7 KO. [4]

---

1) DÜRING in Kongreß-Archiv (1936) S.168.

2) So auch MOXTER in ZfB 18.Jg.NF (1966) S.56.

3) Zur Zahlungsunfähigkeit siehe S. 40 f.

4) "Während ein Schuldner sonst mit seinem zukünftigen Vermögen den Gläubigern verhaftet bleibt, während Ehre und Kreditbedürftigkeit ihm verbieten, die

Der Zweck dieser Regelung ist der Schutz der Konkursgläubiger gegen Verminderung der Masse, die durch Verfügungen des Gemeinschuldners, vor allem durch Verschleudern und Verschieben von Vermögensteilen, sonst leicht eintreten könnte. Der Massebestand soll im Interesse der Gläubiger unvermindert bleiben. Die Gesellschaftsorgane sollen daran gehindert werden, über einen bestimmten Grad der Verschuldung hinaus zu wirtschaften. [1)]

Als Gläubigerschutz-Bilanzzweck ergibt sich:

(X) Der vom Konkursrichter festgestellte Überschuldungstatbestand führt bei juristischen Personen den Beschluß auf Eröffnung des Konkursverfahrens herbei; dem Gemeinschuldner wird die Dispositionsbefugnis über das schuldnerische Vermögen entzogen; sie geht auf die Gläubigerschaft bzw. den Konkursverwalter über.

b. Belieferung des Konkursrichters mit Beweismomenten für das Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeit (XI)

Es wurde bereits oben darauf hingewiesen, daß Überschuldung im gemeinen Recht einziger Konkursgrund war. [2)] Sie wurde in einem zeitraubenden kontradiktorischen Vorverfahren festgestellt und hatte den vollständigen Verlust der Verfügungsgewalt des Gemeinschuldners über das schuldnerische Vermögen zur Folge. Eine tiefgreifende Änderung brachte die 1855 in Kraft getretene Konkursordnung. Alleiniger Konkursgrund war nicht mehr die Überschuldung; es wurde nunmehr unter-

---

Fortsetzung der Fußnote 4) von Seite 32:
Gläubiger in größere Verluste zu ziehen, sind die Gläubiger einer Aktiengesellschaft ausschließlich auf das Vermögen des Kapitalvereins angewiesen. Die Rücksicht auf die einzelnen Gesellschafter, welche bei anderen Gesellschaften erheblich ins Gewicht fällt, greift bei der Aktiengesellschaft nicht Platz. Kredit und Bestand derselben beruht auf dem Bestande ihres Vermögens. Bei eingetretener Überschuldung dürfen die Gläubiger nicht darauf verwiesen werden, abzuwarten, bis auch eine Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft ausbricht." (Materialien (1877) S. 390)

1) Nach dem Preuß. Gesetz v. 9. Nov. 1843 § 25 (siehe Anhang) und in Anlehnung daran nach dem AHGB Art. 240, 242. 3 genügte schon der Rückgang des Reinvermögens auf die Hälfte des als Grundkapital festgestellten Betrags für die Befugnis der Regierung bzw. der zuständigen Verwaltungsbehörde, nach Befinden der Umstände die Auflösung der Aktiengesellschaft zu verfügen.

2) Siehe S. 6.

schieden zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten; für Nichtkaufleute galt weiterhin Überschuldung, für Kaufleute dagegen neuerdings Zahlungsunfähigkeit als Konkursgrund. Was hat den Gesetzgeber zu dieser Neuerung bewogen?

Der Kommissionsbericht der Zweiten Kammer äußert sich über die Notwendigkeit des besonderen kaufmännischen Konkurses so: [1]

"In Beziehung auf die Klagen, daß die Aktivmasse nicht größer sei, tritt zuerst der Punkt hervor: es ist weniger da, weil die Masse zu spät unter gerichtliche Sperre kommt. ... weil sie (die Vorschriften der Preußischen Gerichtsordnung, der Verf.) für alle Fälle den Nachweis der Insuffizienz des Vermögens verlangen. Der Gedanke, daß ein so tiefgreifendes umfangreiches Verfahren, ..., nur dann eintreten soll, wenn die Unmöglichkeit anzunehmen ist, daß der Gemeinschuldner allen seinen Gläubigern gerecht zu werden vermag, ist eine ganz richtige Idee, ... allein im kaufmännischen Verkehr, ... kommt es mehr als in anderen Geschäftsverhältnissen darauf an, daß der Schuldner seine Verbindlichkeiten auch zur gehörigen Zeit erfüllt, ... Der Kredit kann (sonst, der Verf.) nicht bestehen... Findet sich ein Kaufmann im Zustande der Insolvenz, dann kann man annehmen, daß im Wesentlichen und in den meisten Fällen die Umstände vorliegen, aus denen dem Gläubiger eines anderen im Zustande der Vermögensinsuffizienz befindlichen Schuldners gestattet wird, zu verlangen, daß dessen gesamtes Vermögen beschlagen... wird. Ehe es zur Konkurseröffnung kommen kann, läßt sie (die Gerichtsordnung, der Verf.) für den kaufmännischen Verkehr den richtigen Moment verstreichen... Der Entwurf hat dies erkannt und auf diesem Erkennen beruht die Unterscheidung zwischen kaufmännischem und gemeinem Konkurs, beruht ferner der Grundsatz, daß bei einem Kaufmann der Zustand der Insolvenz, bei einem Nicht-Kaufmanne der Zustand einer Vermögensinsuffizienz den Antrag auf Konkurseröffnung rechtfertigt..."

Weiter heißt es im Regierungsentwurf: [2]

"Bei Handelsleuten darf es überhaupt nicht mehr auf den Nachweis der Unzulänglichkeit ihres Vermögens ankommen... Das Vermögen des Handelsmannes ist einer beständigen Veränderung unterworfen; ... und somit ein sicheres Urtheil über die Zulänglichkeit oder Unzulänglichkeit des Vermögens ausschließt. Bei den Handelsleuten ist der Kredit das Entscheidende. Die nothwendige Voraussetzung desselben ist die pünktliche Erfüllung der Zahlungsverbindlichkeiten. (Die Untersuchung des Vermögenszustandes, der Verf.) könnte leicht durch eine un-

1) Berichte (1855) S. 18, 21.

2) Entwurf (1855) S. 21.

sichere Schätzung des Vermögens den Ruin eines Mannes herbeiführen, der vielleicht begründete Aussichten hat, durch gewinnreiche Geschäfte seine Lage erheblich zu verbessern."

Interessant ist die Feststellung, daß die Aufspaltung des Konkursgrundes in Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit ursprünglich nicht etwa - wie es heute den Anschein erweckt - von der Unterscheidung zwischen Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften bzw. Einzelkaufleuten herrührt, sondern von der (1877 wieder fallengelassenen) Unterscheidung zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten. Dafür, daß damals bei Aktiengesellschaften nicht ebenfalls die Überschuldung als Konkursgrund abgeschafft, sondern neben der hinzugekommenen Zahlungsunfähigkeit beibehalten wurde, gaben - wie es scheint - reine Praktikabilitätserwägungen den Ausschlag:

"Es erschien nur zweckmäßig, die Bedingungen der Konkurseröffnung mit Rücksicht auf die Vorschriften des Gesetzes (über die Aktiengesellschaften, der Verf.) vom 9. November 1843 zusammenzustellen." (Siehe Anhang) [1]

Die Konkursordnung von 1877 brachte abermals eine Änderung. Die Trennung zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten wurde fallengelassen, gemeinsamer Konkursgrund wurde jetzt Zahlungsunfähigkeit; nur bei juristischen Personen wurde als zusätzlicher (und beim Nachlaß als einziger) Konkursgrund die Überschuldung beibehalten. Der Entwurf gibt hierzu folgende Begründung: [2]

"In der That möchte es auf den ersten Blick scheinen, als ob nur der Zustand der wirklichen Überschuldung (der Vermögensunzulänglichkeit) ein Verfahren rechtfertigen könne, welches den Schuldner aller seiner Dispositionsbefugnisse entsetzt, das ganze Vermögen desselben ergreift und jeden Gläubiger, der nicht das leere Nachsehen haben will, zur Theilnahme an der gemeinsamen Liquidation nöthigt. Einer eingehenden Prüfung zeigt sich jedoch diese Anschauung nicht gewachsen. Die aus der strengen Durchführung des Prinzips hervorgehenden praktischen Inkonvienzen springen sofort in die Augen. Die Feststellung der Vermögensunzulänglichkeit setzt eine Schätzung der Aktiva des Gemeinschuldners und eine Prüfung der Schulden desselben zum Zwecke gegenseitiger Abwägung voraus. Ohne die entgegenkommende Mitwirkung des Gemeinschuldners oder Zuhülfenahme bedenklicher Fiktionen und Präsumtionen ist eine derartige Vermögensübersicht kaum zu erlangen. Die obligatorischen Beziehungen des Gemeinschuldners in ihrer Gesamtheit entziehen sich fremdem Einblick; das greifbare Aktivvermögen ist vielfach an verschiedenen Orten zerstreut; der Werth dessel-

1) Entwurf (1855) S. 443.

2) Materialien (1877) S. 291 f.

ben unterliegt fortwährenden Schwankungen; wechselnde Konjunkturen und der unberechenbare Ausfall schwebender Spekulationen verändern in jedem Augenblick das Verhältniß zwischen der Aktiv- und Passivmasse, während es an einem bestimmten für die Feststellung desselben maßgebenden Zeitpunkte fehlt. Diesen Unzuträglichkeiten treten Bedenken gegen das Prinzip selbst hinzu. Der Konkurs hat es nur mit den persönlichen Gläubigern zu thun. Diese aber haben einen direkten Anspruch nicht auf die Vermögensstücke, sondern nur an die Person ihres Schuldners. Was sie zu fordern haben, ist Befriedigung; ob sie diese aus den eigenen Mitteln des Gemeinschuldners erlangen oder vermöge des demselben noch zustehenden Kredits, ist für sie unerheblich. Kredit ist im Verkehrsleben Vermögen. Hieraus ergiebt sich zweierlei. Einmal für den Gemeinschuldner: so lange derselbe seinen Verbindlichkeiten nachkommt, hat Niemand das Recht, in seine Verhältnisse sich einzudrängen, ihn aus dem Besitz zu setzen und seine produktive Thätigkeit zu unterbrechen, möchte auch bei gleichzeitigem Andrängen aller Gläubiger sein Vermögen zur vollständigen Befriedigung derselben nicht ausreichen. Ein solches Vorgehen würde ein Unrecht gegen den Schuldner enthalten, der verlangen kann, daß vor eingetretenem Zahlungsverzuge ihm nicht die Möglichkeit genommen werde, seine Lage zu verbessern und das materiell vorhandene Defizit auszugleichen. Bei der großen Empfindlichkeit des Kredits und dem engen Ineinandergreifen der heutigen Verkehrsbeziehungen würden dadurch nicht nur der Gemeinschuldner, sondern in den meisten Fällen auch Andere ohne Grund und ohne Nutzen der Gefahr finanziellen Ruins ausgesetzt werden. Umgekehrt aber und zweitens kann den andringenden Gläubigern nicht damit gedient sein, daß ihr Schuldner ein selbst wohlhabender Mann ist, wenn derselbe nicht die Mittel zur Zahlung seiner fälligen Schulden herbeizuschaffen vermag; sie brauchen sich nicht mit dem Einwande der Vermögenssuffizienz abfinden zu lassen, wo sie Zahlung zu fordern berechtigt sind. Diese Erwägungen führen mit Nothwendigkeit auf das Requisit der Z a h l u n g s u n f ä h i g k e i t. ... Auch hier ist die Unterscheidung zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten keine innerlich begründete ... Der Kredit ist heutzutage nicht mehr etwas dem kaufmännischem Gewerbe Eigenthümliches."

Zu dieser Begründung seien folgende Feststellungen getroffen:

Die mit der Aufdeckung des Überschuldungstatbestandes angeblich verbundenen praktischen Schwierigkeiten werden an der Stelle des Entwurfs, an der die Überschuldung bei der Aktiengesellschaft als Konkursgrund begründet wird, weder 1855 noch 1877 erwähnt. Müßten nicht die gleichen Erwägungen gerade bei ihr, die in der Regel ein sehr umfangreiches und weit verzweigtes Vermögen besitzt, zu einer Ablehnung der Überschuldung als Konkursgrund führen? Das gemeinrechtliche Vorverfahren der Vermögensuntersuchung war in der Tat Überschuldungsfeststellung

im Handbetrieb. [1] Wohl mit Recht wird gegen das gemeinrechtliche Verfahren der Überschuldungsfeststellung im Wege eines regelrechten, oft zeitraubenden Prozesses eingewendet, daß es das schuldnerische Vermögen häufig zu spät unter gerichtliche Sperre brachte. Das Aktiengesetz von 1843 automatisierte dagegen für Aktiengesellschaften das Eröffnungsverfahren, indem es für sie die periodische Bilanzierung zur Pflicht machte und die Konkurseröffnung von Amts wegen vorschrieb, wenn nach der der Aufsichtsbehörde vorzulegenden Bilanz das Vermögen der Gesellschaft nicht mehr soviel betrug, daß dasselbe die Schulden deckte. Damit verkürzte sich für die Aktiengesellschaften das präparatorische Verfahren wesentlich. So

---

1) "Diese Überzeugung (von der Insolvenz, der Verf.) kann er (der Richter, der Verf.) nur dadurch erhalten, wenn der Schuldner ihm ein genaues Verzeichnis seines activen sowohl als passiven Vermögens einreicht, ... und durch Vergleichung des passiven Vermögens mit dem ihm bekannt gewordenen activen findet, daß das erstere das letztere um vieles übersteigt: denn eine Verfahrensart, wie der Concurs hervorbringt, kann, wie Grollmann richtig bemerkt, nur durch die gewisseste Überzeugung, daß das ganze Vermögen des Schuldners werde verschlungen werden, gerechtfertigt werden." (DABELOW (1801) S. 518 f.)
"Läugnet der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit, so fordert Claproth und Gönner, daß er ein Verzeichnis seines Vermögens und seiner Schulden übergebe. Dabelow fordert den Offenbarungseid, und Grollmann ein eidliches Verzeichnis, ... Wir begnügen uns mit einem unbeschworenen, ..." "Die Gerichtshofe haben ... sobald sie selbst (die Gläubiger, der Verf.) aus dringend wahrscheinlichen Gründen wüßten, daß die Schulden das wirkliche Vermögen überschritten, sogleich die Vermögensuntersuchung und Aufnahme desselben zu veranstalten ... Aus diesem Vermögens-Verzeichnis erhellt nun aber die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners entweder, oder nicht." (REINHARDT (1819) S.107, 179 ff.)
"Der Concursprocess ... wird erst durch das ... richterliche Erkenntnis (eröffnet, der Verf.), in dem die Vermögens-Unzulänglichkeit des Schuldners ausgesprochen ... wird. Dieses Erkenntnis kann jedoch bei den wichtigen Folgen, ... begreiflicher Weise nicht ohne vorläufige Untersuchung erlassen werden. - Der wirklichen Eröffnung des Concursprocesses muß daher ein Verfahren vorausgehen, in welchem die Vermögensverhältnisse des Schuldners zu prüfen und gegen seine bereits bekannten Schulden zu erwägen sind, ..." (v.BAYER (1842) S.118 f.) "... sogleich bei der Mittheilung des ersten Antrages der Gläubiger ... einen genauen status aktivus und passivus vorzulegen ... und wenn sich ... ergibt, daß wirklich das Vermögen selbst zur Befriedigung der bekannten Gläubiger nicht mehr hinreicht, so ist auf die Eröffnung des Concursprocesses zu erkennen." (Ders., S.124 ff.)

ist es nur verständlich, daß die Konkursordnung von 1855 bei ihnen den Überschuldungskonkurs beibehielt, sich sonst aber von dem langwierigen kontradiktorischen Vorverfahren der Vermögensuntersuchung abkehrte, denn auf eine allgemeine Bilanzierungspflicht konnte zu jener Zeit nicht zurückgegriffen werden: Sie wurde erst mit Inkrafttreten des AHGB von 1861 eingeführt.

Die geschichtliche Rechtsentwicklung läßt daher eher vermuten, daß sich der Konkursgrund Überschuldung bei Aktiengesellschaften ursprünglich nicht aus den besonderen Haftungsverhältnissen dieser Gesellschaftsform herleitete [1], sondern daß er aus der Zeit seiner Entstehung, in der Überschuldung als naturgemäßer Konkursgrund für jeden galt, übernommen wurde, weil er bei der Aktiengesellschaft rechtzeitig eine praktikable Form der Feststellung fand. Diese Annahme findet eine Stütze in der Tatsache, daß bei Einführung des gespaltenen Konkursgrundes vor allem Praktikabilitätserwägungen den Ausschlag gaben, weniger prinzipiell rechtliche Erwägungen.

Der weiterhin erhobene Einwand, daß an erster Stelle die Person des Schuldners stehe, befindet sich nicht im Einklang mit der Rechtsentwicklung. Das Schuldwesen bei den Völkern der Alten Welt war noch dadurch gekennzeichnet, daß es bloß ein Recht auf die Person des Schuldners, nicht auf dessen Vermögen gab. Die Zwölf-Tafel-Gesetze des Alten Roms drohten dem Schuldner im Falle der Zahlungsunfähigkeit ein In-Stücke-Hauen (in partes secare) an. [2] Alle Verbindlich-

---

1) Interessant ist in diesem Zusammenhang folgende Äußerung des Gesetzgebers: "Die Gläubiger einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung stehen, was die Anhaltspunkte für die Würdigung der Vermögenslage ihrer Schuldnerin betrifft, keineswegs ungünstiger, als die Gläubiger jedes Einzelunternehmers und jeder offenen Handelsgesellschaft oder einfachen Kommanditgesellschaft; denn die persönliche Haftung, welche in diesen Fällen stattfindet, hat ihr Maß und ihren Wert schließlich doch auch nur in der Höhe des Vermögens, welches die Verpflichteten besitzen." (Entwurf (1892) S. 95 f.) Dagegen: "... Der Kredit und Bestand einer AG beruht auf dem Bestande ihres Vermögens; die Rücksicht auf die einzelnen Gesellschafter, welche bei anderen Gesellschaften erheblich ins Gewicht fällt sowie überhaupt die sonst auf den Kredit einwirkende Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des Schuldners, greift bei der AG nicht Platz; dieselbe entbehrt bei eingetretener Überschuldung der nöthigen Garantien, und sowohl hierdurch, als auch im Interesse des Gemeinwohls und des Verkehrs, welcher mit den Aktien stattfindet, scheint das gerichtliche Einschreiten gegen eine solche in ihrem Bestande untergrabene Gesellschaft gerechtfertigt." (Entwurf (1857) S. 513)

2) Vgl. v. BAYER (1842) S. 8 f.

keiten fielen zuerst auf die Person des Schuldners und hiernach auf sein Vermögen.

"Wahrscheinlich wurde der Schuldner, - jetzt gemeinschaftlicher Sklave - bey der Auseinandersetzung einem von den Gläubigern, gegen einen Preis, worüber sie untereinander einig geworden waren, überlassen, oder, nebst den in seiner Gewalt stehenden Personen, wozu die Gläubiger, wenn ihnen die Persönlichkeit des Schuldners war zugesprochen worden, nun als Eigenthümer von selbst befugt waren, verkauft, das Kauf-Pretium zu dem Vermögen geschlagen, und so das letztere unter sie vertheilt." 1)

Ebenso war es Hauptprinzip des altgermanischen Rechts, daß die Gläubiger sich mehr an die Person als an die Güter des Schuldners hielten; Leibeigenschaft, "Geben zu Hand und Halfter" und "Einthürmen" waren gang und gäbe. 2) Zur Milderung der Lage der Schuldner, die dem Druck ihrer Gläubiger allzusehr preisgegeben waren, entwickelten sich im römischen Recht die Rechtswohltaten der Cessio und Immissio: die andringenden Gläubiger wurden entweder in das schuldnerische Vermögen eingesetzt, oder der Schuldner trat dieses selbst ab, so daß die Gläubiger schließlich ihre Befriedigung nur noch aus dem schuldnerischen Vermögen suchen konnten, dieses sich also vor die Person des Schuldners stellte. Der wesentliche Unterschied des deutschen gemeinrechtlichen Konkurses gegenüber dem römischen, die prinzipielle Universalität des Verfahrens, d.h. die Einbeziehung aller zum Vermögen des Schuldners gehörenden Gegenstände und die möglichste Ermittlung aller Anspruchsberechtigten 3) mußte das gemeine Recht dahin führen, die Überschuldung als für die Eröffnung des Konkursverfahrens entscheidend anzusehen. In Analogie zu den beiden Rechtsinstituten der Cessio und Immissio des neueren römischen Rechts hielt DABELOW 4) es für (zur Zeit der partikularen Gesetzgebungen) geltendes Recht, daß das Vermögen des Schuldners, wenn er sich für insolvent erklärt oder wenn er für insolvent befunden wird, in Beschlag genommen wurde. 5) In dieser Entwicklung wird die Tendenz ersichtlich, die Gläubigeransprüche immer mehr von der Person des Schuldners direkt auf dessen Vermögen zu richten.

Es waren die praktischen Inkonvenienzen der Überschuldungs-F e s t s t e l l u n g, die den Gesetzgeber dazu veranlaßten, diesen Konkursgrund, obzwar als naturgemäß

1) DABELOW (1801) S.75.
2) OETKER (1847) S.14.
3) GOLTDAMMER (1858) S.4.
4) DABELOW (1801) S.515 ff. und 678 f.
5) "... denn in dem Augenblicke, da es sich zeigt, daß das Vermögen des Schuldners nicht mehr zur Befriedigung seiner sämtlichen Gläubiger hinlänglich ist, erhalten diese ein wohlerworbenes Recht, daraus ... befriedigt zu werden, ..." (DABELOW (1801) S.517)

angesehen, dennoch durch die Zahlungsunfähigkeit zu ersetzen.

> "Welche Thatsachen im Einzelnen geeignet sind, als Erkennungsquelle der Zahlungsunfähigkeit zu dienen, ist der Beurtheilung des Richters im konkreten Falle zu überlassen... Nur die Hervorhebung des am häufigsten vorkommenden Falls, der ... Zahlungseinstellung, ist angemessen erschienen." [1]

Der Gesetzgeber hat es ausdrücklich abgelehnt, wie das französische Fallimentrecht, die Zahlungseinstellung als alleiniges Merkmal der Zahlungsunfähigkeit anzuerkennen, um der freien Beweiswürdigung des Richters Raum zu lassen. [2] Es wird aber in der Begründung des Entwurfs der Konkursordnung von 1877 der Hinweis auf folgende zwei Hauptgesichtspunkte gegeben [1], die man bei Handhabung des Begriffs Zahlungseinstellung im Auge zu halten hat:

- die Zahlungseinstellung muß eine allgemeine sein,
- sie muß ihren Grund in der Zahlungsunfähigkeit haben.

Diese beiden Hauptgesichtspunkte haben die heute allgemein gültige Definition der Zahlungsunfähigkeit geprägt:

> Sie ist das auf dem Mangel von Zahlungsmitteln beruhende andauernde Unvermögen des Schuldners, seine sofort zu erfüllenden Geldschulden noch im wesentlichen zu berichtigen. [3]

Um sich die Überzeugung zu verschaffen, daß der gestellte Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens begründet ist, d.h. ob Zahlungsunfähigkeit gegeben ist, hat sich der Richter in der Regel eine "geordnete und vollständige Vermögensübersicht" vom Schuldner anfertigen und vorlegen zu lassen. [4]

Grundsätzlich stellt der Bundesgerichtshof fest:

- KTS 1957 S.13: "der Richter hätte die wahre Sachlage durch Einforderung einer ordnungsmäßigen Vermögensübersicht feststellen können und müssen. Bei der wirtschaftlichen Bedeutung eines Konkursverfahrens muß verlangt werden, daß sich der Konkursrichter die erforderliche Überzeugung von einer bestrittenen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners in der Regel dadurch verschafft, daß er sich

---

1) Materialien (1877) S.294.

2) Vgl. Materialien (1877) S.118. "... die Zahlungseinstellung ist eine nach der unendlichen Verschiedenheit der Fälle in den verschiedensten Weisen zur Erscheinung kommende Thatsache, deren Auffassung der Anschauung des Falles und des kaufmännischen Verkehrslebens und der vernünftigen Einsicht des Richters anheimgegeben werden muß." (Entwurf (1857) S.373)

3) Vgl. JAEGER-WEBER (1959) Anm.2 zu § 102 KO, BÖHLE-STAMSCHRÄDER, § 102 KO.

4) JAEGER-WEBER (1959), Anm.3 Ziff.2 zu § 105 KO.

eine geordnete und vollständige Vermögensübersicht vorlegen läßt. Die Beiziehung eines Sachverständigen wird dazu im allgemeinen nötig sein... Nach Auffassung des Senats hätte das alles der Konkursrichter aufklären müssen und insbesondere durch einen Sachverständigen in Ruhe eine genaue Vermögensübersicht des Klägers anfertigen lassen müssen, ehe er eine Zahlungsunfähigkeit des Schuldners feststellte... Diese Verkennung des Umfangs seiner Pflichten ist ein Rechtsfehler bei Ausübung des Ermessens, der, wenn nicht im weiteren Verfahren neue Umstände hinzutreten, die Entscheidung des Konkursrichters so fehlsam erscheinen läßt, daß sie mit den an eine ordnungsmäßige Richtertätigkeit zu stellenden Anforderungen schlechterdings - d.h. jedem sachlich Urteilenden ohne weiteres einleuchtend - unvereinbar ist."

Ebenso das Oberlandesgericht Köln:

- KTS 1958 S.15: "Br. hat sich zu der im Vordergrund stehenden Frage nach der Zahlungsunfähigkeit der Gemeinschuldnerin ausreichend, und zwar durch Einreichung eines Status... geäußert. Hierdurch hat er dem Konkursgericht einen hinlänglichen und, was das Verhältnis der Mittel der Gemeinschuldnerin zu ihren Verbindlichkeiten betrifft, jedenfalls nicht unzutreffenden Überblick über die wirtschaftliche Lage der Gemeinschuldnerin verschafft."

Diese Judikatur kann sich durchaus auf die Begründung des Entwurfs der Konkursordnung von 1877 berufen. Dort heißt es: [1]

"Entzieht sonach der Entwurf der Vermögensunzulänglichkeit die entscheidende Bedeutung für die Eröffnung des Verfahrens, so behält doch die Frage, ob das Vermögen zulangt oder nicht, nach wie vor und insbesondere bei Nichtkaufleuten das ihr zukommende Gewicht als eines der wesentlichsten Beweismomente zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit."

Der Eröffnungsbeschluß wird also bei vom Antragsteller behaupteter Zahlungsunfähigkeit - abgesehen von ganz eindeutigen Fällen wie geleistetem Offenbarungseid oder fruchtloser Zwangsvollstreckung - nicht ohne gebührende Berücksichtigung der Gesamtvermögenslage des Schuldners erlassen. [2]

Im Ergebnis veränderte die Einführung der Zahlungsunfähigkeit die Bedeutung der Überschuldung für den Regelkonkurs also insofern, als sie zur Zeit des gemeinen

---

1) Materialien (1877) S.294.

2) Die Bilanz bzw. ein in ihr ausgewiesener Überschuldungsgrad scheint als Erkennungsquelle für das Merkmal der Dauerhaftigkeit des Unvermögens, seine sofort fälligen Geldschulden noch im wesentlichen zu begleichen, angesehen zu werden; vgl.RG LZ 1914 Sp.585 ff.

Rechts Konkursgrund war, während die Überschuldung heute ein Beweismoment für ihn ist. [1] Der Verfasser verkennt nicht das Gewicht der Argumentation in Schrifttum und Rechtsprechung gegen die Relevanz des Überschuldungstatbestandes bei der individualistischen Gesellschaftsform. [2] Man beachte jedoch genau, daß sich diese Stimmen gegen die Überschuldung als materiellen Konkursgrund, als entscheidende sachliche Voraussetzung der Konkurseröffnung, richten, nicht gegen die Überschuldung als ein Indiz der Zahlungsunfähigkeit neben möglichen anderen wie nicht eingelöste Wechsel, Schleuderverkäufe oder Flucht des Schuldners.

Bei der Hauptprüfung, ob der Konkursgrund Zahlungsunfähigkeit vorliegt (nachdem also der Konkursantrag zugelassen wurde - hierfür genügt Glaubhaftmachung, d.h. ein geringer Grad der Beweisführung -), muß das Konkursgericht, so zeigt die jüngste Judikatur, die Gesamtvermögenslage gebührend berücksichtigen.

Als Gläubigerschutz-Bilanzzweck formuliert, erhält man:

(XI) Eine sich in der Bilanz erweisende kritische Vermögenslage bzw. ein Überschuldungsgrad ist für den Richter bei der Prüfung eines Antrages auf Eröffnung des Konkursverfahrens ein Beweismoment für das Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeit. [3]

---

1) Hinzu kommt, daß im gemeinen Recht, wenn die Überschuldung gerichtsbekannt geworden war, der Konkurs von Amts wegen eröffnet wurde.

2) Vgl. JAEGER-LENT (1958) Anm. 5 zu § 30 KO, JAEGER-WEBER (1959) Anm. 3 zu § 102 KO, BÖHLE-STAMSCHRÄDER, Anm. 2c zu § 30 KO, Anm. 1 - 3 zu § 102 KO m.w. Nachweisen.

3) Gläubigerschutz und Schuldnerschutz wechseln einander ab: kommt der Richter in Würdigung der Gesamtvermögenslage zum Ergebnis, d a ß Zahlungsunfähigkeit vorliegt, so hat die Bilanz Gläubiger geschützt; überzeugt sich der Konkursrichter dagegen, daß Zahlungsunfähigkeit entgegen dem Gläubigerantrag n i c h t vorliegt, so hat die Bilanz den Schuldner geschützt. Hier wird deutlich, daß es im Grunde um die Sicherung des Kreditverkehrs geht, die einmal den Gläubigerschutz, ein anderes Mal den Schuldnerschutz verlangt.
Im übrigen kann auch die N i c h t-Feststellung einer vom Schuldner behaupteten Zahlungsunfähigkeit Gläubiger schützen: eine vom Schuldner erwirkte Konkurseröffnung ohne Not kann für die Gläubiger unangenehme Folgen haben; "Denn durch die w i r k l i c h e Concurseröffnung werden auf jeden Fall die Executionen zu Gunsten einzelner Gläubiger sistiert. Wenn sich daher gleich späterhin ergäbe, daß k e i n e Überschuldung vorhanden war, und folglich der angekündigte Concursproceß wieder aufgegeben würde, so wären doch die bereits mit rechtskräftigen Urtheilen versehenen Gläubiger mit ihrer Befriedigung ohne Noth eine Zeitlang hingehalten worden." (v. BAYER (1842) S. 122)

6. AUSSCHÜTTUNGSSPERRFUNKTION
ERRICHTUNG EINER AUSSCHÜTTUNGSSPERRE (XII)

Vor Auflösung der Gesellschaft darf unter die Aktionäre [1] nur der Bilanzgewinn verteilt werden, § 58 V AktG. Alle sonstigen Leistungen aus dem Vermögen der Aktiengesellschaft an die Aktionäre würden eine verbotene Rückgewähr im Sinne des § 57 I AktG darstellen. [2] § 57 AktG dient dazu, Reinvermögen in Höhe des als Grundkapital festgestellten Betrages der Gesellschaft zu erhalten, indem er jede Auskehrung von Vermögen der Gesellschaft an die Aktionäre (sogenannte Rückgewähr von Einlagen) verbietet, als notwendiges Gegenstück zu dem in § 1 enthaltenen Grundsatz, daß den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen haftet. [3]

Der Bilanzgewinn ergibt sich aus dem Jahresüberschuß, nachdem von diesem die Zuführungen zu den gesetzlichen (und freien) Rücklagen nach §§ 58 I, 150 AktG abgezogen worden sind. Da das Grundkapital und die Rücklagen im aktienrechtlichen Jahresabschluß passiviert werden müssen, sind die Gesellschaftsgläubiger vor Ausschüttungen geschützt, solange das Vermögen nicht wenigstens das Grundkapital, die vorgeschriebenen gesetzlichen Rücklagen und die Verbindlichkeiten deckt. Bei vorhandener Unterbilanz ist ein etwaiger Jahresüberschuß zunächst voll für die Verlusttilgung zu verwenden.

Das Grundkapital und die gesetzlichen Rücklagen fungieren als Ausschüttungssperre. Ist das Vermögen zwar größer als das Grundkapital und die Verbindlichkeiten, jedoch kleiner als Grundkapital, Verbindlichkeiten und vorgeschriebene gesetzliche Rücklagen, so dürfen höchstens vier Fünftel des Jahresüberschusses ausgeschüttet werden; ein Fünftel ist der gesetzlichen Rücklage zuzuführen. Damit stellt sich die Passivposition "Grundkapital" als voll auffüllungsbedürftige, die gesetzlichen Rücklagen als beschränkt auffüllungsbedürftige Sperrposition dar.

Der aktienrechtliche Jahresabschluß ist demnach eine Ausschüttungssperrbilanz. [4] Außer die Schulden deckendem Vermögen soll jederzeit Reinvermögen wenigstens

---

1) Die Ausschüttungssperrfunktion wird am Beispiel der AG behandelt; sie ist typisch für alle Kapitalgesellschaften.

2) Vorsätzliches Handeln der Verwaltungsmitglieder zum Nachteil der Gesellschaft (aktienrechtliche Untreue) wird nach § 266 StGB bestraft.

3) Vgl. BAUMBACH-HUECK, Anm. 2 zu § 57 AktG, Anm. 12 zu § 58 AktG.

4) "Die von der ersten Triester Assekuranzkompagnie vor nicht langer Zeit (Ende des 18. Jahrhunderts, der Verf.) ihrem Plan zugefügte Erklärung begegnet allen Nebenansprüchen, die auch im Falle des Unglücks an sie gemacht werden können, auf die einfachste und zuverlässigste Art. Sie hat sich nämlich verpflich-

in Höhe der im Handelsregister eingetragenen und in der Jahresbilanz aufgeführten Grundkapitalzahl und der vorgeschriebenen gesetzlichen Rücklagen vorhanden sein.

Fortsetzung der Fußnote 4) von Seite 43:
tet, ihr ursprüngliches Kapital immer vollzählig zu erhalten und nach unglücklichen Jahren den Verlust an diesem Kapital wieder zu ergänzen. So verbleibt allen ihren Gläubigern beständig eine gleiche Sicherheit, solange die Kompagnie besteht. Mittlerweile kann sie ohne Furcht vor späteren Ansprüchen den von Zeit zu Zeit entstehenden Gewinn austheilen, ..." "Sie macht ein bestimmtes Kapital bekannt auf welches die Versicherten rechnen können." (BÜSCH (1824) S.331 ff. "Das ursprüngliche Capital ist für jeden Dritten, der mit der Gesellschaft contrahirt, die Garantie für die Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten. Wenn er sich also auch dem unterwirft, daß dieses Capital durch Verluste im Laufe des Geschäftes der Compagnie ganz oder theilweise verloren werde, so darf es ihm doch nicht durch willkürliche Handlungen der Gesellschaft geschmälert werden. Daraus folgt nicht nur, daß keine Dividenden ausgetheilt werden dürfen, wenn die Gesellschaft in der verflossenen Geschäfts- oder Rechnungsperiode nicht wirklichen Gewinn gehabt, sondern es muß auch, ungeachtet solchen Gewinns, jede Austheilung untersagt seyn, solange nicht nach bezahlter Dividende das ursprüngliche Capital der Gesellschaft vollkommen beisammen bleibt." ... "Dem entgegen aber steht besonders immer die bereits erwähnte Rücksicht, daß bei keiner Gesellschaft sich ein bestimmter Zeitpunct denken läßt, in welchem der Gewinn von den Capitalien sich sondern ließe, als derjenige ihrer Beendigung." (POEHLS (1842) S.236 f.)
"Die Bilanz ist aufzumachen zu dem Zweck einer nach Gesetz und Statut richtigen Gewinnvertheilung." (THÖL (1847) S.502)
"Der Actienverein kann ohne bestimmtes Grundkapital um deswillen nicht entstehen, weil es im Wesen dieser Vereinsform liegt, daß nur das Gesellschaftsvermögen, nicht aber die einzelnen Mitglieder mit ihren Gütern, den Vereinsgläubigern haften; ... Hiermit hängt aber zusammen, daß die Höhe des Grundkapitals der Aktiengesellschaft im Verhältnis zu deren Unternehmen stehen muß." (RENAUD (1875) S.55 f)
"Abgesehen von den bisher erörterten Gesichtspunkten gebieten die bisher gemachten Erfahrungen, bei Gelegenheit der Freigebung der Aktiengesellschaften von der Staatsgenehmigung in dem Gesetze besondere Vorsorge wegen Gestaltung und Erhaltung des Grundkapitals zu treffen. Ausschließlich oder doch vornehmlich dieses Kapital bildet das Wesen der Aktien-Gesellschaften, die Gläubiger vertrauen nicht sowohl den Personen der Gesellschafter, als dem zusammengeschossenen Vermögen. ... Nach demselben Gesichtspunkte ist aber auch auf die dauernde Erhaltung des Grundkapitals resp. der entspre-

Eintretende Vermögensrisiken sollen nicht gleich zu Lasten des die Schulden dekkenden Vermögens gehen und damit einseitig die Gläubiger belasten. Es ist das Konzept einer dem Schuldner von Staats wegen verordneten Versicherungspflicht gegen Unternehmermißgeschick zu Gunsten der Gläubiger; der Mindestgründungskapital-Betrag ist die Mindestversicherungssumme.

Damit ist als nächster Gläubigerschutz-Bilanzzweck umrissen:

(XII) Bei Kapitalgesellschaften errichtet die Bilanz eine Ausschüttungssperre, die dafür sorgt, daß keine Ausschüttungen über das gesetzlich erlaubte Maß hinaus stattfinden.

Der aktienrechtliche Jahresabschluß [1] besitzt einen weiteren, aus seiner Ausschüttungssperrfunktion resultierenden Aspekt. Die Aktionäre müssen Gewinnanteile, welche sie bezogen haben, obwohl sie wußten oder grob fahrlässig nicht wußten, daß sie zum Bezuge nichtberechtigt waren, der Gesellschaft zurückgewähren, § 62 I AktG. Die Ansprüche können auch von den Gläubigern der Gesellschaft, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können, im Konkursfall vom Konkursverwalter, geltend gemacht werden, §§ 62 II, 93 V, 116 AktG. In der Höhe, in der Aktionäre Ausschüttungen entgegen den Bestimmungen des Aktiengesetzes empfangen haben, lebt bei diesen

---

Fortsetzung der Fußnote 4) von Seite 43:
chenden Werthobjekte, soweit dieselben nicht durch wirkliche Verluste verringert werden, Bedacht zu nehmen. Dies trifft in der praktischen Anwendung vornehmlich die Frage über Aufstellung der Bilanz... Zugleich werden noch einige erfahrungsmäßig besonders wichtige Grundsätze für die Rechnungslegung und die Bilanz aufzustellen sein. Das Handels-Gesetzbuch hat im Artikel 209 Nr. 6 dies den statutarischen Bestimmungen überlassen und konnte dies, weil, abgesehen von der Prüfung der Statuten vor der landesherrlichen Genehmigung, die Aufsichtsbehörde die Bilanz mit weitgreifenden Befugnissen zu prüfen hatte (Art. 240). Beides fällt in Zukunft fort; um so nothwendiger wird es, im Interesse der Gläubiger Festsetzungen zu treffen, und dadurch der Tendenz, die Bilanz so einzurichten, daß hohe Dividenden vertheilt werden können, einigermaßen entgegenzuwirken." (Entwurf (1870) S. 655 ff.)
"Indeß auch abgesehen von der Gefahr einer übermäßigen Gewinnvertheilung, erfordert die Bedeutung des Grundkapitals eine Aufstellung der Bilanz nach den schärfsten Grundsätzen und mit der größten Uebersichtlichkeit. Denn das Grundkapital bildet die Grundlage für den Kredit der Aktiengesellschaft, es ist ... das 'Soll', welchem fortlaufend und zur öffentlichen Kenntnißnahme das 'Haben' gegenübergestellt werden muß." (Gesetz (1884) S. 167)

1) Entsprechendes gilt für die übrigen Kapitalgesellschaften.

Personen Haftung auf. Wurden 50.000,- DM ausgeschüttet, obwohl sich bei korrekter Anwendung der Bilanzierungsvorschriften nur ein Bilanzgewinn in Höhe von 30.000,- DM ergeben hätte, so müssen die Aktionäre 20.000,- DM zurückgewähren. Die Ausschüttungssperrbilanz hat somit die weitere Aufgabe, bei gesetzwidriger Ausschüttung die Höhe der bei den Aktionären auflebenden Haftung zu beziffern. [1]

7. SELBSTSCHUTZFUNKTION BEFÄHIGUNG DER GLÄUBIGER ZUR WAHRUNG IHRER RECHTE DURCH PUBLIZIERTE BILANZEN (XIII)

Der Vorstand einer Aktiengesellschaft [2] hat gemäß § 177 Abs. 2 AktG deren Jahresabschluß zu veröffentlichen. [3] Die Publizität der Jahresbilanz ist ein notwendiges Korrelat zur 1870 abgeschafften Staatsaufsicht. Die Begründung der Einführung des Publizitätszwanges beschränkt sich auf den Hinweis, daß die Veröffentlichung der Bilanz nützlich sei und vielfach bis dato schon geschehen ist. [4] Die Parlamentsdebatte ergab eine Präzisierung durch die Feststellung, daß die Veröffentlichung des aktienrechtlichen Jahresabschlusses nicht nur im Interesse der Aktionäre, sondern auch im Interesse "des Publikums, der Gläubiger, der dritten Personen, die mit der Gesellschaft in Verbindung treten", erfolgen soll. [5]

---

1) Aus der Vorschrift, daß die Mitglieder der Organe der Gesellschaft zum Ersatz verpflichtet sind, wenn sie entgegen den Vorschriften des Gesetzes Ausschüttungen vorgenommen haben (§§ 93 III, 116 AktG), könnte geschlossen werden, dieser Bilanzzweck treffe auch für Verwaltungsmitglieder zu. Dies ist jedoch nicht der Fall. Nach h.A. bedeutet hier "Ersatz" soviel wie "Schadensersatz" (vgl. GODIN-WILHELMI, Anm. 11 zu § 93 AktG, BAUMBACH-HUECK, Anm. 10 zu § 93 AktG m.w. Nachweisen). Faßt man aber den Anspruch als einen Schadensersatzanspruch auf, so ist auch der weitere Schaden zu ersetzen (vgl. SCHILLING in GADOW-HEINICHEN, Großkomm. AktG, Anm. 28 zu § 84). Die Höhe des zu ersetzenden Betrages bemißt sich hier also grundsätzlich nach dem eingetretenen Schaden.

2) Ebenso bei der KGaA, § 278 Abs. 3 AktG, und der Genossenschaft, §§ 33 Abs. 2 und 3, 139 GenG.

3) Die unrichtige Darstellung des Vermögensstandes wird nach § 400 AktG bestraft.

4) Entwurf (1870) S. 657.

5) Vgl. Stenografische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, 1. Leg. per., Sess. 1870, 2. Bd, S. 1068. "Der vorgeschriebenen Publication liegt die Absicht zum Grunde, das Publicum, insbesondere je-

In einer Entscheidung des Reichsgerichts heißt es, die Offenlegungspflicht soll einen Schutz gegen schädigendes und unlauteres Geschäftsgebaren bilden unter anderem für "alle diejenigen, die zu der Aktiengesellschaft bereits in rechtlicher Beziehung stehen und in solche Beziehung zu ihr treten wollen, sei es als Aktionär oder als Gläubiger." [1]

Die Aktienrechtsnovellen von 1930 und 1937 brachten hierin keine Änderung.

Auch der Bundesgerichtshof nennt als Adressaten der aufgrund der Publizitätspflicht veröffentlichten Bilanzen die Gesellschaftsgläubiger (hier bezogen auf den genossenschaftlichen Publizitätszzwang):

- BGHZ 25, 151 (159): "Zweck der vorgeschriebenen Veröffentlichung ist es, die Allgemeinheit, insbesondere die genossenschaftsfremden Gläubiger über die Entwicklung der Genossenschaft zu unterrichten."

In der Begründung des Regierungsentwurfes des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 wird ebenfalls auf den Schutz der Gläubiger durch Publizitätszwang hingewiesen [2]:

"Da es für die Öffentlichkeit, insbesondere für die Gläubiger und für Kapitalanleger nicht ohne Bedeutung ist, ob die Gesellschaft den Bilanzgewinn ausschüttet, oder zurückbehält, schreibt Nr.3 (des § 178 Abs.1, der Verf.) vor, daß der Beschluß über die Gewinnverwendung bei der Veröffentlichung des Jahresabschlusses mitzuteilen ist." [3]

Fortsetzung der Fußnote 5) von Seite 46:
den, der mit der Companie zu contrahiren hat, von demjenigen in Kenntnis zu setzen, was ihm die Gesellschaft wird leisten können." "Wenn nämlich die Actiengesellschaft ihre jährlichen Abrechnungen öffentlich ablegt oder bekanntmacht, so kann jeder wissen, daß sie Dividende austheilte, oder wer es nicht weis, hat dies selbst verschuldet, und büßt dafür wie jeder, der Credit gab, ohne sich zu erkundigen." (POEHLS (1842) S.33 und S.236 f.)
Zum Zwecke des aktienrechtlichen Jahresabschlusses vgl. auch DÖLLERER in: BB 13.Jg. (1958) S.1281 - 1284.

1) RGSt 41, 298.
2) Begründung (1965) S.289.
3) Im Verlauf des Frankfurter Publizitätsgespräches wurden allerdings erhebliche Zweifel laut, ob es rechtspolitisch vertretbar ist, durch aktienrechtlichen Publizitätszwang die Gläubiger der Großen zu schützen, denn weder sind alle Aktiengesellschaften groß nach alle Nicht-Aktiengesellschaften klein (vgl. Frankfurter Publizitätsgespräch (1962) und dort besonders STÜTZEL, S.194 ff.)

Es wird davon ausgegangen, daß die Veröffentlichung der Bilanz künftige Gläubiger durch Versorgung mit Informationen über die Vermögenslage der Gesellschaft befähigt, ihre Dispositionen zu treffen, insbesondere zu beurteilen, ob sie im Falle des Eingehens eines Schuldverhältnisses mit vertragstreuer Befriedigung rechnen können. [1]

Bei bereits kontrahierten Schulden werden die Gläubiger in den Stand gesetzt, ihre Rechte selbst auszuüben und ihre Ansprüche zu verfolgen. Ein prägnantes Beispiel hierfür findet sich in der Begründung des Entwurfs der Konkursordnung von 1877: [2]

> "Die Schwierigkeiten, mit denen Gläubiger sonst zu kämpfen haben, um eine Überschuldung ihres Schuldners nachzuweisen, werden durch Veröffentlichung der Bilanzen zufolge Artt. 239, 239 a des Handelsgesetzbuches behoben."

Als weiteres Beispiel läßt sich anführen, daß bestimmte, in der Bilanz ersichtliche und der Öffentlichkeit bekanntgemachte, Sachverhalte den guten Glauben vom Gemeinschuldner bevorzugter Dritter zerstören können. Einen Anwendungsfall schildert bereits POEHLS:

> "... theils aber können sie (die Aktionäre, die unberechtigt Dividende empfangen haben, der Verf.) ihren guten Glauben nicht, wenigstens in der Regel nicht, geltend machen. Denn da ihnen die Rechnungen der Gesellschaft offen stehen, hätten sie sich von dem Stande der Gesellschaft überzeugen können." [3]

Dieser Aspekt des Gläubigerschutzes durch Bilanzveröffentlichung sollte bei einer Diskussion über eine Erweiterung der Publizitätspflicht beachtet werden. Die Absichtsanfechtung beispielsweise gelingt nicht zuletzt deshalb verhältnismäßig selten, weil dem Anfechtungsgegner die mala fides in Anbetracht der allseits verborgen gebliebenen kritischen Vermögenssituation seines nicht publizitätspflichtigen Schuldners nicht nachgewiesen werden kann.

Als Gläubigerschutz-Bilanzzweck folgt aus dem Vorstehenden:

(XIII) Die Veröffentlichung der Bilanz soll die Gläubiger befähigen, ihre Dispositionen zu treffen und Rechte wahrzunehmen.

---

1) RG HRR 1937 Nr. 491: Der Vorstand der Aktiengesellschaft "habe es aber mit jener Art der Buchführung darauf abgesehen, den Gläubigern die Verhältnisse nach Möglichkeit zu verschleiern, und die Gewährung weiterer Kredite, die bei klarer und wahrer Darstellung der Lage nicht zu erlangen waren, zum Schaden der Gläubiger zu erreichen."

2) Materialien (1877) S. 390.

3) POEHLS (1842) S. 236 f.

RÜCKBLICK

Die im einzelnen vorgefundenen Gläubigerschutz-Bilanzzwecke lassen sich zum Teil zusammenfassen. Sämtlichen im Zusammenhang mit der konkursmäßigen Anfechtung aufgedeckten Bilanzzwecken (I - IV) ist der Aspekt der Dispositionsbeschränkung gemeinsam. Dasselbe trifft für die im Rahmen des Konkursstrafrechts vorgefundenen Gläubigerschutz-Bilanzzwecke zu: Signalisierung eines drohenden Konkursverfahrens (V) und: Indizierung übermäßigen Aufwandes (VI); sie stellen das strafrechtliche Gegenstück zum zivilen Anfechtungsrecht dar. Wir vereinigen deshalb diese einzelnen Gläubigerschutzfunktionen im Begriff (1) Dispositionsbeschränkungsfunktion. Dem Nachweis dieses Gläubigerschutz-Bilanzzweckes wurde deshalb so breiter Raum gewidmet, weil ihm bisher zu wenig Beachtung geschenkt wurde. Dies ist umso gefährlicher, als hier der Angelpunkt einer wirksamen Gläubigerschutzprophylaxe zu suchen ist.

Mit (2) Bankrottaufdeckungsfunktion wird die Aufgabe der Bilanz benannt, Beweise gläubigerschädigenden Verhaltens zu sichern (VII), mit (3) Verfahrensbeschleunigungsfunktion diejenige, Hilfsmittel für ein reibungsloses und verlustsparendes Konkursverfahren zu sein (VIII).

Weiter wird unter (4) Konkursantragauslösungsfunktion die Aufgabe der Bilanz verstanden, durch Aufdeckung einer Überschuldung bei den Vertretern juristischer Personen die Pflicht auszulösen, einen Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens zu stellen (IX).

Unter (5) Dispositionsentzugsfunktion werden die Bilanzzwecke (X) und (XI) zusammengefaßt.

Die Aufgabe der Bilanz, Ausschüttungen über das gesetzlich erlaubte Maß hinaus zu verhüten (XII), wird mit (6) Ausschüttungssperrfunktion bezeichnet [1].

Die (7) Selbstschutzfunktion - so sei der Zweck der Bilanz genannt, die durch Veröffentlichung die Gläubiger befähigt, zu ihrem Schutz geeignete Dispositionen selbst zu treffen (XIII) - erfordert naturgemäß Bilanzveröffentlichung; dagegen ist zur Verfolgung der übrigen Gläubigerschutzzwecke keine Publizität der Bilanz vonnöten.

1) Vgl. STÜTZEL (1960) S. 959.

ZWEITER TEIL
GESETZGEBER, RICHTER UND RECHTSLEHRER ZUR BILANZIERUNG IN DER DISPOSITIONSBESCHRÄNKUNGSBILANZ

1. ABLEITUNG DER BEWERTUNG IN DER DISPOSITIONSBESCHRÄNKUNGSBILANZ AUS IHRER FUNKTION

Im folgenden wird versucht, mehr Licht auf die §§ 39, 40 HGB zu werfen. Der Verfasser kann sich nicht mit beispielsweise so widersprüchlichen Auffassungen abfinden, daß einerseits die aktienrechtlichen Höchstwertbestimmungen bei der Überschuldungsfeststellung keine Anwendung finden sollen [1], sondern vielmehr die allgemeinen Bilanzierungsvorschriften des Handelsgesetzbuches, daß andererseits für die Auslegung letzterer aber wiederum die aktienrechtlichen Bewertungsregeln als Ausdruck von Grundsätzen ordnungsmäßiger Bilanzierung maßgebend sein sollen [2]. Über die derzeitigen Kenntnisse hinausgehende Aufschlüsse dürfen nur von einer funktionsanalytischen Betrachtungsweise erwartet werden. In dem anstehenden Fall bedeutet dies, daß das Augenmerk vorrangig auf Anhaltspunkte für die Bilanzierung in Entscheidungen zu richten ist, die im Zusammenhang mit der Dispositionsbeschränkungsfunktion, die als ein Hauptzweck der allgemeinen Bilanzierungspflicht erkannt wurde, ergangen sind. Mit diesbezüglichen Hinweisen im Einklang befindliche Auffassungen über die nach §§ 39, 40 HGB richtige Bilanzierung haben den Vorzug vor anderen.

Programmatisch erscheint dem Verfasser folgende Reichsgerichtsentscheidung in Strafsachen: [3]

---

1) Entwurf (1896) S. 140: "... könnte es scheinen, daß für die fragliche Bilanz auch die besonderen Vorschriften des Art. 185 a (...) über die Werthansätze maßgebend seien. Es ist jedoch einleuchtend, daß diese im Wesentlichen nur zur Verhütung der vorzeitigen Vertheilung unsicherer Gewinne bestimmten Vorschriften hier nicht maßgebend sein können." Vgl. SCHMIDT in GADOW-HEINICHEN Großkomm. AktG Anm. 9 zu § 83, BAUMBACH-HUECK, Anm. 6, 1b zu § 92 AktG, SCHMIDT in HACHENSBURG GmbH-Ges. Anm. 5b, aa zu § 63.

2) 1. (Aktienrechtliche Höchstwertvorschriften gelten generell) BAUMBACH-DUDEN, Anm. 2A zu § 40 HGB, SCHLEGELBERGER-HILDEBRANDT, Anm. 5 u. 6 zu § 40 HGB.
2. (Es gelten die aktienrechtlichen Höchstwertvorschriften, Gegenstände des Umlaufvermögens können allerdings, wenn ihr Marktpreis am Bilanzstichtag den Anschaffungspreis übersteigt, zum Marktpreis eingesetzt werden) WÜRDINGER in RGR Komm. z. HGB, Anm. 3 zu § 40, BRÜGGEMANN in Großkomm. HGB, Anm. 3 zu § 40, HEINICHEN in Komm. z. HGB, Anm. 3 zu § 40.
3. (Aktienrechtliche Höchstwertbestimmungen gelten nicht) STAUB-BONDI, Anm. 3 u. 9 zu § 40 HGB, DÜRINGER-HACHENBURG-LEHMANN, Anm. 6 u. 7. a zu §40 HGB, neuerdings auch ADLER-DÜRING-SCHMALTZ, Tz 98 zu § 149 AktG.

3) In DJZ 1929, 180 f.

"Dem Ber.Ger. kann nicht darin beigetreten werden, daß bei der Entscheidung darüber, ob der Gemeinschuldner durch Barentnahmen aus dem Geschäftsvermögen i.S. des § 240 Nr. 1 'übermäßige Summen' verbraucht habe, die entnommenen Beträge in allen Fällen nur zu denjenigen Vermögensstücken und Schulden in Vergleich gestellt werden dürften, die damals in die Jahresbilanz einzusetzen gewesen wären, daß also dabei niemals Forderungen und Gewinne zu berücksichtigen seien, die aus bereits abgeschlossenen, also noch nicht ausgeführten Geschäften künftig erwachsen werden... Zum Geschäftsvermögen in diesem Sinne können sehr wohl auch Bestellungen und Aufträge zählen. Ein fester Bestand an lohnenden Aufträgen sicherer Kunden kann u.U. sogar von ausschlaggebender Bedeutung bei der Beurteilung des Umfangs und der Leistungsfähigkeit, der Kreditwürdigkeit und des Vermögensstandes des Geschäftsunternehmens sein und geschäftliche oder außergeschäftliche Aufwendungen als angemessen und geboten erscheinen lassen, die an sich zu den tatsächlich vorhandenen Bilanzwerten in keinem Verhältnis stehen."

In dieselbe Richtung weist folgende Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen: [1]

"Die hiernach erforderlichen Vergleiche müssen jeweils für den Zeitpunkt des Aufwands und aus dieser Schau regelmäßig für einen Zeitraum gezogen werden, den auch der Schuldner bei vernünftigem Wirtschaften ins Auge gefaßt hätte."

Diese Auffassung haben sich sämtliche Kommentatoren zu eigen gemacht. [2]

Anläßlich einer Anfechtungsklage (§ 31 KO) stellte der Zivilsenat des Bundesgerichtshofes [3] Benachteiligungsabsicht fest, denn:

"Die Beklagte hat auch in keiner Weise schlüssig dargelegt, daß ihr Ehemann in den Jahren 1954 und 1955 Geschäftsabschlüsse eingeleitet habe, die selbst in Anbetracht des Kapitalmangels und des Schuldenstandes mit Sicherheit erhebliche Gewinne hätten erwarten lassen."

Zukünftige Gewinne werden also berücksichtigt bei der Feststellung der gegenwärtigen Einkommens- und Vermögensverhältnisse, die, im Falle eines kritischen Gesamtbildes, den Schuldner zu vorsichtiger, die Gefährdung der Gläubigeransprüche nicht vergrößernder Disposition anhalten sollen. [4]

---

1) GA 56, 347 f.

2) Vgl. BÖHLE-STAMSCHRÄDER, Anm. 2a zu § 240 KO, SCHÖNKE-SCHRÖDER, Anm. 3c zu § 240 KO, SCHÄFER in Lpz.Komm. Anm. IIb zu § 240 KO.

3) WM 1960, 1, S. 547.

4) Die Dispositionsbeschränkungsfunktion stellt keineswegs nur auf die Ermittlung

Das Leitbild für die Dispositionsbeschränkungsbilanz ist offensichtlich eine prospektive Bilanzierung. Mit dieser aber ist prima facie das Tageswertprinzip vereinbar, nicht das auf die Ausschüttungssperrbilanz zugeschnittene Niederstwertprinzip.

Ausdrücklich zur Höhe der Wertansätze in der Dispositionsbeschränkungsbilanz nimmt RGSt 70, 260 (264) (zum Begriff des "übermäßigen Aufwandes" in § 240, Abs. 1 Nr. 1 KO) Stellung:

> "Die Frage, wie hoch ein Gebäude im Rahmen eines Geschäftsbetriebes zu bewerten ist, ob es zum Beleihungswert oder zum Verkaufswert anzusetzen ist, ist lediglich nach der vom Eigentümer geplanten Verwendung zu entscheiden. Im vorliegenden Falle sollten aber die Grundstücke nicht verkauft werden, sondern zum Geschäftsbetriebe benutzt werden. Der Wert, der in ihnen steckte, war daher nur durch Beleihung flüssig zu machen. Mit Recht hat es daher das LG abgelehnt, durch Beweiserhebung den etwa höheren Verkaufswert zu ermitteln. Die jetzige Behauptung, der wirkliche Betriebswert sei regelmäßig höher als der Beleihungswert, trifft offenbar auf den vorliegenden Fall nicht zu. Der Betriebswert eines Grundstückes in einem Betriebe, der in immer weiterem Umfange mit Verlust arbeitet, kann nicht größer gewesen sein als der Beleihungswert."

Es darf also danach bei geplantem Verkauf zu Verkaufswerten, bei geplanter Weiterverwendung im Betriebe zu Beleihungswerten (die der Kreditgeber wiederum an Verkaufswerten messen wird) oder gegebenenfalls zum höheren Betriebswert, wenn der Betrieb mit Gewinn arbeitet, bewertet werden, es ist aber keineswegs die Rede davon - und darauf kommt es hier an -, daß in der Dispositionsbeschränkungsbilanz historische Anschaffungskosten (wie beim Niederstwertprinzip der Ausschüttungssperrbilanz) eine Wertobergrenze bilden.

Die Rechtsprechung zu Art. 31 AHGB (heute § 40 HGB) befindet sich mit dieser Auffassung durchweg im Einklang - offenbar in frischer Erinnerung der Verhandlungen zum AHGB, in denen, wie noch gezeigt wird, man sich vollauf der unterschiedlichen Funktionen der Bilanzen und folglich der Notwendigkeit einer Differenzierung der Bewertungsvorschriften bewußt war.

Fortsetzung der Fußnote 4) von Seite 54:
eines ohne Gefährdung der Gläubiger entnahmefähigen Betrages ab (hier kommt es im übrigen entscheidend darauf an, ob der entnommene Gewinn sicher angelegt oder konsumiert wird, vgl. RGSt 70, 262, BGH GA 1956, 348), sondern auf die Verhinderung einer gläubigerschädigenden Gebarung in den Geschäftsausgaben überhaupt (Kosten für Ladenmiete, Geschäftsreisen, Gehälter, Werbung oder Zinsen, vgl. RGSt 73, 230), wobei deren Übermaß auch nach den Roheinkünften beurteilt wird (BGH NJW 1953, 1480 Nr. 23).

1873 führte das Reichoberhandelsgericht [1] aus:

(18) "Unter dem als maßgebend für die Bilanz zu ermittelnden gegenwärtigen Werthe ist aber überall der allgemeine Verkaufswerth im Gegensatz zu einem auf willkürliches subjectives Ermessen oder auf bloße Speculation zurückzuführenden Werthanschlage zu verstehen, da die Bilanz der objektiven Wahrheit der wirklichen Vermögenslage entsprechen soll, woraus folgt, daß Vermögensbestandtheile (Activa und Passiva), die einen Markt- oder Börsenpreis (Cours) haben, der Regel nach zu dem sich hieraus ergebenden Werthe in die Bilanz einzustellen sind, während für alle anderen Vermögensbestandtheile deren gegenwärtiger objectiver Werth auf sonstige Weise zu ermitteln ist."

(19) "Der Bilanz liegt hiernach in der That die Idee einer fingierten augenblicklichen allgemeinen Realisierung sämtlicher Activa und Passiva zum Grunde..."

(21) "In diesem Fall würde auch in concreto der gegenwärtige Werth der hier fraglichen Gelddepositen nicht nach dem Tagescourse der Goldthaler vom 1.Jan.1872, sondern nach dem voraussichtlichen Course zur Zeit ihrer Fälligkeit zu berechnen sein. Überall da, wo sich ein solcher zukünftiger Werth nicht objectiv feststellen läßt, was übrigens nicht Sache der rechtlichen, sondern der thatsächlichen Beurtheilung der concreten Verhältnisse ist, bleibt aber für die Veranschlagung derartiger zukünftiger Leistungen nichts anderes übrig, als auch hierbei denjenigen Werth zum Grunde zu legen, welchen sie gegenwärtig haben würden, zumal im Allgemeinen davon ausgegangen werden darf und muß, daß auch bei der Bildung des gegenwärtigen Marktpreises resp.Courses bereits alle diejenigen schon vorhandenen und erkennbaren, wenngleich ihren Einfluß direct erst für die Folgezeit ausübenden Factoren, soweit sie objectiv von Erheblichkeit sind, mitgewirkt haben." "Zwar gibt es manche Handelsarticel, für welche, je nachdem es sich um Tages- oder Zeitkäufe handelt, ein verschiedener Markt- oder Börsenpreis für die verschiedenen Lieferzeiten existiert. Auch ist es denkbar, daß für Gegenstände, bei denen dieß nicht zutrifft, sondern nur ein Marktpreis für den gegenwärtigen Werth desselben existiert, der Werth ihrer Leistung an einem gewißen künftigen Zeitpunkte dennoch schon jetzt mit einer Bestimmtheit und Sicherheit vorauszusehen ist, welcher auf objective Gründe zurückgeführt werden kann und nicht lediglich auf subjectiver Ansicht und auf Speculation beruht."

1) ROHG 12,15.

Das Reichsgericht entschied 1887: [1]

"Es handelt sich um die Bewertung eines Etablissements für die Aktiengesellschaft, welches sie als im Betriebe bereits befindlich gekauft hat, und für welches die Eventualität erwogen wird, daß es zu einem höheren Betrage als dem Kaufpreise habe in die Bilanz eingestellt werden können. Will man hier die ganz entscheidende Bedeutung des bisherigen durchschnittlichen Ertrages leugnen, so setzt man sich mit der täglichen Lebenserfahrung in Widerspruch, welche zeigt, daß bei den Kaufverhandlungen der Nachweis des bisherigen Ertrages seitens des Verkäufers behufs der Preisbemessung eine maßgebende Grundlage bildet. Offenbar bildet die im Betriebe einer Anlage errungene thatsächliche Herrschaft, vermöge deren ein bestimmtes Absatzgebiet, ein Kundenkreis gewonnen ist, ein wirtschaftliches Gut. Sind die Verhältnisse, auf denen diese Herrschaft beruht, übertragbar und dergleichen Fortbethätigung bei Dritten fähig, so liegt für die Bewerthung eine allgemeine - für einen größeren Kreis geltende - Nutzbarkeit vor, so daß der Satz, es könne für den Wertsansatz in der Bilanz nicht der individuelle Wert entscheiden, vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd 12 S. 18 flg., ein Satz, welcher nur besagen will, daß die in den besonderen, vom Regelmäßigen abweichenden Verhältnissen des einzelnen Besitzers beruhende, einer gleichen Bethätigung in anderen Händen nicht fähige Nutzbarkeit, bezw. der so besonders geartete Nutzbarkeitsgrad, nicht in Betracht zu ziehen ist und in dieser Beschränkung seine Rechtfertigung bei der Aktiengesellschaft in der Bedeutung der Erhaltung des Grundkapitals findet, welche erfordert, daß ein Vermögensstück nur zu dem Werte in die Bilanz angesetzt wird, zu welchem es in entsprechenden Kapitalsbetrag umsetzbar erscheint [2] - der wesentlichen Berücksichtigung des während einer Dauer erzielten Ertrages nicht entgegen steht."

An anderer Stelle führt das Reichsoberhandelsgericht aus [3], daß der auf schweben-

1) RGZ 19, 111 (121 f.).

2) So auch RGZ zu HGB Art. 28 ff. in Gruch. 44, 160: "Danach ist z.B. ein Fabrikgebäude eben als solches zu schätzen, andererseits aber kann ein Gegenstand, der zu einem bestimmten Preise käuflich zu haben oder herzustellen ist, nicht aus dem Grunde, weil er in einem gut gehenden Geschäfte benutzt wird, in der Bilanz zu einem höheren Preise, als dem Kaufpreise aufgeführt werden."

3) ROHG 24, 71 (73). Wenn auch zu allen drei vorgenannten Richtersprüchen der Anlaß nicht im Zusammenhang mit der Dispositionsbeschränkungs-Bilanz stand (im ersten Fall war Anlaß eine Auseinandersetzung wegen Geschäftsverkaufs, im zweiten die Höhe der von einer AG ausgeschütteten Gewinne und im dritten eine Erbauseinandersetzung) und sie deshalb bei funktionsanalytischer Betrachtungsweise gerade nicht geeignet erscheinen, Licht auf die Bewertung in der

den, beiderseits nicht erfüllten Verträgen beruhende Gewinn aktiviert werden kann:

"Nun berührt unzweifelhaft ein abgeschlossener noch nicht ausgeführter Lieferungsvertrag auf Zeit sowohl als Activum, wie als Passivum, das Vermögen des Kontrahenten und rechtlich ist durch Art. 31 cit die Berücksichtigung dieser durch Lieferungsverträge entstandenen vermögensrechtlichen Verhältnisse bei Aufstellung der Bilanz nicht ausgeschlossen..." Die Zeitkäufe haben ihren Marktpreis gehabt, der durch "Cession" realisiert werden könne. "Ob die Realisirung einer solchen Forderung nur durch Verkauf eines gleichen Gegenstandes auf denselben Lieferungstermin und durch Abtretung des Rechts auf Abnahme erfolgen kann, oder direkt durch Cession, ist dabei unwesentlich."

2. DIE ENTSTEHUNGSGESCHICHTE DER BEWERTUNGSVORSCHRIFT DES § 40 HGB

Nimmt man sämtliche Äußerungen der an der Fassung des Art. 31 AHGB und des § 40 HGB beteiligten Organe zusammen, so kann nur geschlossen werden, daß der Gesetzgeber das Tageswertprinzip aufstellen wollte. [1)]

Der erste preußische Entwurf eines Handelsgesetzbuches von 1856 erklärte noch in offensichtlicher Anlehnung an das ALR [2)] den Anschaffungspreis für prinzipiell maßgebend. Die daraufhin eingesetzte Sachverständigenkommission forderte dagegen bei Waren den "wirklichen Wertpreis", denn:

"Man war darüber einverstanden, daß ein Unterschied zwischen den offenen Gesellschaften und den stillen und Aktiengesellschaften zu machen sei, indem bei den ersteren die Art der Aufstellung der Bilanz und der Berechnung der jährlich auszuzahlenden Gewinnanteile geringeres Interesse für die Gläubiger der Gesellschaft habe, da die einzelnen Gesellschafter denselben zugleich persönlich haften, während bei den stillen und den Aktiengesellschaften die an die nicht persönlich haftenden Gesellschafter auf Grund der Bilanz verteilten und ausgezahl-

---

Fortsetzung der Fußnote 3) von Seite 57:
Dispositionsbeschränkungs-Bilanz zu werfen, so werden dennoch die angeführten Stellen der Urteilsbegründung am rechten Ort zitiert, weil sie Art. 31 ersichtlich losgelöst von den ursprünglichen Anlässen auslegen.

1) Die folgende Darstellung basiert zum Teil auf den Ergebnissen einer Untersuchung PASSOWs (1918) S. 84 ff.

2) Die Bewertungsregeln des ALR (siehe Anhang) waren kein zwingendes Recht; sie sollten Streitigkeiten unter Gesellschaftern über die Art der Berechnung des zu

ten Gewinnanteile dem Angriffe der Gläubiger der Gesellschaft entzogen seien." 1)

Betreffend die Aktienkommandit- und Aktiengesellschaften wurde folgender Vorschlag formuliert:

"Der zur Verteilung kommende Jahresgewinn wird in der Art ermittelt, daß von dem Gewinn, welchen die nach § 33 (später Art. 31, der Verf.) (mit obiger Modifikation) (also zu wirklichen Wertpreisen, der Verf.) aufgemachte Bilanz ergibt, diejenigen Gewinnbeträge vorher in Abzug gebracht werden, welche sich in der Bilanz dadurch herausgestellt haben, daß der Tagespreis von vorhandenen noch nicht realisierten Waren zur Zeit der Inventur höher war als deren Einkaufspreis." 2)

Kommanditgesellschaften und Aktiengesellschaften hätten also praktisch zwei Bilanzen aufzustellen, in der einen würden die Waren zu "wirklichen Wertpreisen", in der anderen zu Anschaffungspreisen bewertet, und nur die letztere Bilanz würde der Gewinnverteilung zugrunde liegen. In funktionsanalytischer Hinsicht ein bemerkenswerter Vorschlag: hier wurden bewußt die Dispositionsbeschränkungsbilanz und die Ausschüttungssperrbilanz voneinander abgesetzt.

Wohl als Folge der von den Sachverständigen vorgetragenen Bedenken ließ die preußische Regierung in ihrem zweiten Entwurf von 1857 das Anschaffungswertprinzip fallen. Dieser enthielt dann allerdings keine auf die besonderen Erfordernisse der Kapitalgesellschaften zugeschnittenen Bewertungsvorschriften - ein Umstand, der sich als folgenschwer herausstellen sollte.

Im Anschluß daran wurde in den Verhandlungen der Nürnberger Konferenz (1. Lesung) unter anderem geltend gemacht, "daß er (Art. 31, der Verf.) zu Mißverständnissen Anlaß gebe, so könne man z.B. durch seine Fassung zu der Auffassung kommen, ... daß der Artikel nur auf die Werthsverringerung, nicht aber auf die Werthsvermehrung Rücksicht nehme..." 3) Die genaue Umformulierung in diesem Sinne wurde vorerst dem Redaktionsausschuß anheimgegeben, der dann folgende Fassung wählte: nach dem Werte anzusetzen, welchen sie (die Vermögensstücke) zur Zeit der Aufnahme haben. In zweiter Lesung beschäftigte man sich dann vorrangig mit

---

Fortsetzung der Fußnote 2) von Seite 58:
verteilenden Gewinns vorbeugen, wenn im Gesellschaftsvertrag nichts zur Bewertung gesagt war; sie waren mithin dispositiver, nicht zwingender Natur.

1) Zitiert nach PASSOW (1918) S. 84 f.
2) Zitiert nach PASSOW (1918) S. 85.
3) Protokolle (1858) S. 47.

einem Antrag überhaupt auf Streichung der Bewertungsvorschrift und nahm, nachdem dieser mit 11 gegen 6 Stimmen abgelehnt wurde, schließlich noch eine allerdings bloß stilistische Änderung vor: nach dem Werte anzusetzen, welcher ihnen zur Zeit der Aufnahme beizulegen ist. In dritter (letzter) Lesung wurde Art. 31 wegen des gewählten abgekürzten Verfahrens überhaupt nicht mehr Gegenstand der Beratung, so daß er in der Fassung der zweiten Lesung in das AHGB unverändert übernommen wurde.

Im Zuge der Neuredaktion des Handelsgesetzbuches von 1897 wird der Begriff der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung eingeführt. Die Denkschrift äußert sich dazu wie folgt: [1]

"Schon die Nürnberger Konferenz hat es für unthunlich erachtet, die Zahl und die Gattung der zu führenden Handelsbücher im Gesetze näher zu bestimmen; nur ein Kopirbuch, in welches der Zeitfolge nach Abschriften der abgesendeten Handelsbriefe eingetragen werden sollen, ist ausdrücklich vorgeschrieben (Art. 28). Auch der Entwurf sieht davon ab, über Zahl und Gattung der Handelsbücher gesetzliche Regeln zu geben, beschränkt sich vielmehr auf die Vorschrift, daß der Kaufmann in den Büchern seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung ersichtlich zu machen hat (§ 34 Abs. 1). Durch den in dem bisherigen Art. 28 nicht enthaltenen Hinweis auf die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung wird der wesentliche Punkt hervorgehoben; nach den Gepflogenheiten sorgfältiger Kaufleute ist zu beurtheilen, wie die Bücher geführt werden müssen. Je nach dem Gegenstande, der Art und insbesondere dem Umfange des Geschäfts können diese Anforderungen verschieden sein. Durch jenen Hinweis wird zugleich eine Ungenauigkeit in der Ausdrucksweise des bisherigen Art. 28 beseitigt. Denn in den Handelsbüchern werden nicht, wie die Fassung des Art. 28 anscheinend forderte, die Geschäftsabschlüsse als solche, sondern nur die in Folge der Geschäfte eintretenden Vermögensveränderungen ersichtlich gemacht; die Bezugnahme auf die Grundsätze der ordnungsmäßigen Buchführung wahrt den richtigen Sinn der Vorschrift."

Der Hinweis des Gesetzgebers auf die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung wird also ausschließlich im Hinblick auf organisatorische Fragen der Buchhaltung gegeben, zur Vermeidung einer anderenfalls notwendigen kasuistischen Aufzählung bürotechnischer Hilfsmittel sowie zur Klarstellung der Behandlung schwebender Verträge. Folglich ist zu bezweifeln, ob er sich auch auf Fragen der Bewertung erstreckt, in der Weise, daß das, was kaufmännische Übung ist, für sie gilt (anstatt

1) Entwurf (1896) S. 45.

vielmehr: was im Hinblick auf die unterschiedlichen Funktionen der verschiedenen Bilanzen zu sachgerechter Bilanzierung führt, sollte Übung sein). Zur Bewertung wird vielmehr ausgeführt: [1]

"Die besonderen Bewerthungsregeln des Aktienrechts dehnt der Entwurf nicht über ihr jetziges Anwendungsgebiet aus. Ihre Verallgemeinerung ist zwar von einzelnen Seiten befürwortet worden; gegen eine solche Ausdehnung bestehen aber erhebliche Bedenken. Die fraglichen Bestimmungen, insbesondere die Vorschriften des Art. 185a Nr. 1 und 2 (§ 238 Nr. 1 und 2 des Entwurfs), wonach alle Vermögensgegenstände, auch wenn sie zur Weiterveräußerung bestimmt sind, nicht höher als zum Anschaffungs- oder Herstellungspreise angesetzt werden dürfen, haben den Zweck, eine Verminderung des statutenmäßigen Grundkapitals der Aktiengesellschaft und die Vertheilung eines thatsächlich noch nicht realisirten Gewinnes zu verhindern. Die Vorschriften erhalten daher ihre wahre Bedeutung erst im Zusammenhang mit den sonstigen Maßregeln, die das Aktienrecht zur Erhaltung des statutenmäßigen Grundkapitals trifft; sie können aber nicht ohne Weiteres auf andere Handelsgesellschaften oder auf Einzelkaufleute übertragen werden, da bei diesen die Verfügung über das Geschäftskapital im Allgemeinen nicht beschränkt ist und auch nicht beschränkt werden kann. Die betreffenden Vorschriften wären deshalb hier zwecklos und ohne praktische Bedeutung. In Frage kann höchstens kommen, ob nicht die Vorschrift der Nr. 3 des Art. 185a, wonach Anlagen und sonstige Betriebsgegenstände ohne Rücksicht auf einen geringeren Werth zum Anschaffungs- oder Herstellungpreise angesetzt werden dürfen, wenn ein der Abnutzung gleichkommender Betrag abgeschrieben wird, als ein für alle kaufmännischen Bilanzen geltender Grundsatz besonders zur Anerkennung gebracht werden soll. Auch hierfür besteht jedoch kein Bedürfniß. Die allgemeine Vorschrift des § 37 des Entwurfs bedingt keineswegs, daß die zu einem kaufmännischen Geschäfte gehörenden Betriebsanlagen zum Zwecke der Bilanzaufstellung einer Abschätzung nach ihrem jeweiligen Verkaufswerth unterzogen werden; in der Praxis geschieht dies auch nicht, vielmehr entscheidet das vernünftige Ermessen innerhalb der durch den Grundsatz des Art. 31 gezogenen Schranken. Hierbei kann es sein Bewenden behalten; für eine scharfe Grenze, wie sie im Aktienrechte wegen des Dividendenrechts der Aktionäre und der Verantwortlichkeit der Geschäftsorgane gezogen ist, besteht kein Bedürfniß. Überdies ist es eine weit verbreitete Handelssitte, die jährlichen Abschreibungen auf die Betriebsgegenstände höher zu bemessen, als es mit Rücksicht auf die stattgehabte Abnutzung an sich erforderlich wäre; diese Übung dient nur zur Stärkung der wirthschaftlichen Grundlagen des Geschäftsbetriebes, und es besteht jedenfalls kein Anlaß, ihr durch gesetzli-

1) Entwurf (1896) S. 46 f.

che Vorschriften entgegenzuwirken." [1]

Insgesamt betrachtet gibt also auch die Entstehungsgeschichte der allgemeinen Bewertungsvorschrift keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß die historischen Anschaffungskosten bei § 40 HGB die Wertobergrenze bilden sollen. Dafür hat sich jedoch gezeigt, daß der Gesetzgeber ständig die verschiedenen Funktionen der Bilanzen vor Augen hatte und entsprechend die Bewertungsvorschriften differenzierte. [2] Um so erstaunlicher ist es, wenn etwa BARTH [3] heute von der damals "großen Unsicherheit des Gesetzgebers" spricht oder SCHLÜTER [4] sich fragt, wie es kommt, "daß man die Bewertung so stark von den Unternehmensformen abhängig macht".

3. DISPOSITIONSBESCHRÄNKUNGSBILANZ KONTRA AUSSCHÜTTUNGSSPERRBILANZ

Bei SCHEFFLER [5], der als erster den Tageswert angriff, dessen Veröffentlichung jedoch weitgehend unbeachtet blieb, und SIMON [6], dessen Lehre dann ein unge-

---

1) DÜRINGER-HACHENBURG-LEHMANN folgern aus dem Umstand, daß § 40 HGB überhaupt nicht von Abschreibungen spricht, daß es zulässig ist, auch "die sog. Aktiven des Anlagekapitals, insbesondere z.B. Grundstücke und Maschinen" zum Tageswert anzusetzen (Anm. 6 zu § 40 HGB).

2) In den Motiven zur Aktienrechtsnovelle von 1884 wird ausdrücklich betont, daß im Gegensatz zum dort erstmalig zwingend vorgeschriebenen Anschaffungs- bzw. Niederstwert, der Art. 31 alle Vermögensstücke zum gemeinen Wert eingesetzt wissen wollte. "Als leitenden Grundsatz stellt der Entwurf im Anschluß an Artikel 31 des Handelsgesetzbuches die Bestimmung auf, daß alle Vermögensstükke zum gemeinen Werthe zur Zeit der Bilanzaufstellung, jedoch nicht höher als zu dem Anschaffungs- oder Herstellungspreise anzusetzen sind (Art. 185a Ziff. 2, 239 b)." Die letztere Einschränkung ist dem Artikel 31 fremd, findet aber in dem Wesen der Aktiengesellschaft ihre Rechtfertigung "weil mit Rücksicht auf die regelmäßig eintretende Vertheilung des Reingewinnes verhindert werden muß, daß nicht schon ein zwar nominell vorhandener, thatsächlich aber noch nicht durch Verkauf der betreffenden Vermögensstücke verwirklichter Gewinn zur Vertheilung gelangt." (Gesetz (1884) S. 170)

3) BARTH (1953) S. 115.

4) SCHLÜTER in Kongreß-Archiv (1936), S. 176

5) SCHEFFLER in: Vierteljahresschrift für Volkswirtschaft, Politik und Kulturgeschichte, Bd. 62, 1879, S. 1 - 49.

6) SIMON (1910)

heurer Erfolg beschieden war, sind die Begründungen, daß nach Art. 31 AHGB die Anschaffungs- oder Herstellungskosten maßgebend seien, ersichtlich auf die Erfordernisse bei Aktienvereinen abgestellt. So ist SIMON nicht etwa deshalb der Auffassung, der Art. 31 fordere den Anschaffungswert, weil die Ermittlung von Tageswerten zu schwierig sei [1], sondern weil es gelte, "der Vertheilung übermäßiger Dividenden entgegenzuwirken" [2]. Mit Recht bemerkt PASSOW [3]:

"Wie die ganze Behandlung des Bilanzwesens, so krankt auch die Behandlung dieses Punktes daran, daß die Autoren in erster Linie an die Verhältnisse der Aktiengesellschaften denken."

Der Verfasser will versuchen, für diese Erscheinung eine Erklärung zu finden.

Unter den Augen der Aufsichtsbehörden hat sich bei den Eisenbahngesellschaften eine ständige Praxis dahin entwickelt, in der Bilanz "als Werthe ihrer Anlagen den Betrag der dafür verwendeten Anlagecapitalien aufzuführen." [4] Im Rahmen dieses Systems "stabiler Conten" war verteilungsfähiger Jahresgewinn der Betriebseinnahmeüberschuß (Betriebseinnahme ./. Betriebs- und Erhaltungskosten).

"Während zugestanden wird, daß dies rationell kaum anders geschehen könne, wird doch die Ansicht vertreten, daß ein solches Verfahren im Widerspruch mit zwingenden Vorschriften des H.G.B.'s, nämlich der Art. 31, 213 und 239a stehe, da solche Bilanzen in Wahrheit nur Jahresbetriebsrechnungen mit dem Zusatze eines künstlich zurechtgemachten Zahlenwerks, das auf Darlegung voller Disponibilität des Betriebsüberschusses von vornherein abziele, enthielten, während das H.G.B. Vermögensbilanzen, also jährliche Abschätzung des derzeitigen Werths der Anlagen, und Aufsparung der Betriebsüberschüsse behufs Deckung von Differenzen zwischen dem Grundcapital und niederen Werthen des Grundvermögens vorschreibe." [5]

---

1) "Es giebt überhaupt keine Sache, welche nicht ihrem allgemeinen Verkehrswerth nach abgeschätzt werden kann. Dieser kann Null betragen - ein Urtheil über ihn läßt sich aber stets abgeben." (SIMON (1910) S. 300)

2) Ders., S. 303.

3) PASSOW (1918) S. 111.

4) ROHG 25, 307 (317 f.) (Entscheidung aus dem Jahre 1879).

5) ROHG 25, 307 (317 f.). Diese Satzfolge wird erneut zum Anlaß genommen, darauf hinzuweisen, wie klar damals Bilanzen in ihrer unterschiedlichen Funktionsbezogenheit voneinander abgegrenzt wurden. Es wird auch nicht etwa vom "richtigen Gewinn" in der Ausschüttungssperrbilanz gesprochen, sondern er wird als das hingestellt, was er ist: das Ergebnis einer willkürlichen Rechnung.

Es sei aber kaum denkbar - so wird weiter ausgeführt -, daß dem preußischen Gesetzgeber und den preußischen Aufsichtsbehörden ein solcher Widerspruch konstant entgangen oder von ihnen bewußt ignoriert sein sollte. Ähnlich äußert sich SIMON:[1]

> "Die Eisenbahngesellschaften könnten durch Sachverständige den Veräußerungswerth abschätzen lassen, und diesen dann in die Bilanz einstellen; - sie thaten unter Genehmigung ihrer Aufsichtsbehörden es trotzdem nicht und dies wäre unzulässig und unter Umständen strafbar gewesen, wenn in Art. 31 unter dem 'Werth' der allgemeine Realisationswerth zu verstehen wäre."

Dieses Dilemma forderte dazu heraus, die von den Aufsichtsbehörden sanktionierte Bewertungspraxis der Aktienvereine als mit der damals einzig existierenden, der allgemeinen Bewertungsvorschrift des Art. 31 AHGB im Einklang befindlich zu erklären, um der Bewertungspraxis der Aktienvereine eine gesetzliche Grundlage zu verschaffen. Diese Unverträglichkeit herrschte schon seit Inkrafttreten des Gesetzes vom 9. Nov. 1843 über Actiengesellschaften; denn es "stand nach §§ 24 - 26[2] auf dem Standpunkt wahrer Vermögensbilanzen, indem es an die Differenz zwischen Grundvermögen und Grundcapital Consequenzen knüpfte." [3] Das Reichsoberhandelsgericht rechtfertigte die Vereinbarkeit des Systems stabiler Konten - des Anschaffungswertprinzips - und des bestehenden Gesetzes damit, daß die Normierung des für den Bau von Anlagen erforderlichen Kapitals der Prüfung und Genehmigung der Aufsichtsbehörde unterlag; sie war dazu berufen, Kapitalsnormierungen, die über das Maß des zur Herstellung erforderlichen Aufwands hinausgingen, auf dieses Maß zurückzuführen. [4]

Dieser Rechtfertigungsgrund entfiel jedoch 1870 durch die Abschaffung der Staatsaufsicht; damit wurde auch nicht mehr bei Neugründungen von Aktiengesellschaften die geschilderte Bilanzierungspraxis in deren eingereichter Satzung durch Konzes-

---

1) SIMON (1910) S. 301.

2) Siehe Anhang.

3) ROHG 25, 307 (319). RENAUD (1863) S. 495 f.: "Indem nun die Bilanz den wahren Stand des Gesellschaftsvermögens zur Zeit ihrer Ziehung darzustellen hat, genügt es nicht, wenn daselbst die dem Vereine angehörigen körperlichen Sachen, Mobilien wie Immobilien, zum Ankaufs- und resp. Übernahmepreise, und bei Neubauten zum Kostenpreise angenommen werden, sondern ist vielmehr ihr dermaliger Werth anzusetzen." Nach dem Konzept des damaligen Gesetzgebers war also vor allem die Dispositionsentzugsbilanz von der Aufsichtsbehörde zu prüfen; dem nach Fortfall der Behördenaufsicht an deren Stelle getretenen Publizitätszwang wurde dagegen von vornherein die Ausschüttungssperrbilanz unterworfen.

4) ROHG 25, 307 (323).

sionserteilung sanktioniert. Das an die Stelle von Behördenaufsicht und Satzungsgenehmigung getretene System der Normativbestimmungen regelte jedoch vorerst lediglich die Bewertung von Effekten- und Organisationskosten, mit deren Bilanzierung man schlechte Erfahrungen gesammelt hatte. [1] Lückenlose und zugleich auf die Bedürfnisse der Aktiengesellschaft zugeschnittene Bewertungsvorschriften enthielt erst die Aktienrechtsnovelle von 1884. Die Anwendung des Art. 31 auch auf Aktiengesellschaften war während dieses Zeitraumes noch begründeter. [2] Zwangsläufig machte sich damit aber auch ein ständig wachsender Widerstand gegen die Auffassung bemerkbar, Art. 31 fordere den Tageswert. In diese Zeit fällt denn auch die Entstehung der Werke SCHEFFLERs und SIMONs. Spätestens aber 1884 wurde der Streit wider das Tageswertprinzip des Art. 31 AHGB gegenstandslos: Aktiengesellschaften erhielten eigene, auf die Bedürfnisse der Ausschüttungssperrfunktion des aktienrechtlichen Jahresabschlusses zugeschnittene Bewertungsvorschriften, d.h. die damalige Bewertungspraxis wurde gesetzlich fixiert. Sie hatte aber mittlerweile der allgemeinen Bewertungsvorschrift bereits in einem Maß ihren Stempel aufgedrückt, daß ihr ursprüngliches Gesicht bis heute kaum wieder sichtbar geworden ist. Es ist darum auch nicht verwunderlich, daß der vom Gesetzgeber mit der allgemeinen Bilanzierungspflicht ursprünglich verfolgte Zweck (Dispositionsbeschränkungsgebot im Falle einer kritischen Vermögenssituation) in Vergessenheit geraten ist; denn eine gemäß heute anerkannten (auf die Ausschüttungssperrbilanz zugeschnittenen) Grundsätzen ordnungsmäßiger Bilanzierung errichtete Dispositionsbeschränkungsbilanz kann die ihr zugewiesene Aufgabe nur mehr begrenzt erfüllen: so weiß sich z.B. ein Schuldner, dessen Bilanz, nur weil noch nicht realisierte Gewinne nicht aktiviert werden dürfen, eine Überschuldung ausweist, zu recht in seinen Dispositionen nicht beschränkt.

---

1) Vgl. FISCHER (1919) S. 139.

2) So bestimmte RGZ 19, 111 (119) als Grundsatz, wie die Einsetzung des Wertes einer zum dauernden Geschäftsbetrieb erworbenen Anlage in die Bilanz der Aktiengesellschaft zu erfolgen hatte: "Nach den zur Zeit der hier in Betracht kommenden Bilanzziehungen (1871 - 1873, der Verf.) maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen (Art. 31 H.G.B.) bildete der Erwerbspreis keine Grenze für die Wertsansetzung, sowenig wie er ohne Rücksicht auf einen geringeren Wert der betreffenden Anlage deshalb, weil er der Erwerbspreis war, angesetzt werden durfte. Entscheidend für den Ansatz war nur der 'Wert, welcher dem Vermögensstücke zur Zeit der Aufnahme beizulegen war'."

4. EIN ARGUMENT GEGEN UNTERBEWERTUNG IN DER DISPOSITIONSBESCHRÄNKUNGSBILANZ

Bei der Prüfung der Frage, ob sich der Gemeinschuldner wegen kritischer Einkommens- und Vermögensverhältnisse in seinen Dispositionen hätte beschränken müssen, berücksichtigt der Richter auch die zeitliche Entwicklung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Schuldners. [1]

- RGSt 70, 260 (261): "Hat sich also ein Betrieb besonders günstig entwickelt..."
- RG JW 1935, 2061: "... daß er selbst bei schlechtem Geschäftsgang und einem Rückgang seiner Vermögenslage..."

Folglich gehören stille Reserven, durch deren Auflösung der Schuldner es sogar bewerkstelligen kann, seine in Wirklichkeit rückläufige Vermögenslage als eine aufsteigende darzustellen, nicht in die Dispositionsbeschränkungsbilanz. Der Schuldner täuscht sich und den Richter über den kritischen Zeitpunkt hinweg, in welchem er eine riskante und schließlich zum Nachteil seiner Gläubiger ausgeschlagene Disposition schon nicht mehr hätte treffen dürfen. [2] Der herrschenden Meinung, nach welcher § 40 HGB in der öffentlichrechtlichen Bilanz jede beliebige Unterbewertung erlaubt, [3] kann der Verfasser deshalb nicht folgen. [4] Die zum Beleg dieser Auffassung von den Kommentatoren angeführten Entscheidungen nehmen nicht Bezug

---

1) ROHG 12, 15 (17): "Die kaufmännische Bilanz hat den Zweck, die Übersicht und Feststellung des Vermögensbestandes in einem bestimmten Zeitpunkte und damit zugleich, vermittelst der Vergleichung der für verschiedene Zeiten aufgenommenen Bilanzen, auch des Resultates der Geschäftsführung während der dazwischenliegenden Periode zu bewirken." (Entsch. aus dem Jahre 1873)

2) Dies wird wohl nicht berücksichtigt, wenn es heißt: "Dem Kaufmann steht es öffentlichrechtlich völlig frei, einen niedrigeren Gewinn oder einen höheren Verlust oder ein niedrigeres Vermögen auszuweisen. Durch einen zu niedrigen Gewinn- oder Vermögensausweis kann er weder Kreditgeber täuschen, noch kommt er selber in Versuchung, einen zu hohen Aufwand zu treiben (§ 240 Ziff. 1 KO)." (DÜRINGER-HACHENBURG-LEHMANN, Anm. 6 Abs. 3 zu § 40 HGB)

3) Vgl. BRÜGGEMANN in Großkomm. HGB Anm. 4 zu § 40 m.w.Nachweisen. In einer privatrechtlichen Bilanz ist Unterbewertung nur unter Zustimmung aller Gesellschafter zulässig.

4) Im übrigen muß dem Bilanzierungspflichtigen aufgrund seiner Interessenlage an der Erlaubnis möglichst hoher Wertansätze in der Dispositionsbeschränkungsbilanz gelegen sein: so stritt der Beklagte in RGSt 70, 260 (264) für einen höheren Wertansatz, um nicht wegen Treibens übermäßigen Aufwandes bestraft zu werden.

auf die Dispositionsbeschränkungsbilanz, sondern auf die Ausschüttungssperrbilanz[1], für deren Zweckverfolgung die Bildung und Auflösung stiller Reserven allerdings unschädlich sind.

Ebensowenig überzeugt das gängige Argument gebotener kaufmännischer Vorsicht in der Bewertung: die Dispositionsbeschränkungsbilanz soll den Schuldner nicht vorsichtig informieren (vorsichtige Information ist ein Unding), sondern sie soll ihn sachlich informieren und dann gegebenenfalls zu vorsichtiger Disposition anhalten.

Auch die Berufung auf die kaufmännische Übung schlägt nicht durch; zu folgen ist vielmehr

- RG GA 41, 379: "Daß es, wie die Revision schließlich anzunehmen scheint, dem Kaufmann gestattet sein soll, das Schlußergebnis der Bilanz ungünstiger darzustellen, als der wirkliche Vermögensstand gewesen, dafür findet sich im Gesetz, namentlich auch in Art. 29 HGB nicht der entfernteste Anhalt."
- RG GA 45, 364: "Wie ferner die Annahme einer kaufmännischen Usance auf die Feststellung gegründet werden kann, daß etwas häufiger nicht geschieht, als daß es geschieht, ist nicht recht verständlich..." [2]

5. DIE BILANZIERUNG DES PRIVATVERMÖGENS

Für die Beantwortung der Frage nach der sachgerechten Behandlung des Privatvermögens in der Dispositionsbeschränkungsbilanz macht sich der Verfasser wiederum die funktionsanalytische Betrachtungsweise zunutze; d.h. in diesem Fall: es gilt festzustellen, welches Vermögen und welche Schulden der Richter bei Feststellung des damaligen Vermögenszustandes des Gemeinschuldners einbezieht, wenn er entscheidet, ob angesichts einer kritischen Lage desselben eine Dispositionsbeschränkung seitens des Gemeinschuldners hätte Platz greifen müssen. Es heißt in

- RGSt 70, 260 (261): "Bei der Prüfung der Übermäßigkeit von Ausgaben ist von der Gesamtvermögenslage des Gemeinschuldners auszugehen (vgl. RGSt. Bd. 14 S. 87). Es kommt bei den Ausgaben nicht darauf an, daß gewisse Teile

---

1) RGZ 98, 318, RGZ 156, 52, bei BRÜGGEMANN in Großkomm. HGB Anm. 4 zu § 40, bei WÜRDINGER in RGR Komm. z. HGB Anm. 4 zu § 40 und bei HEINICHEN in Komm. z. HGB Anm. 4 zu § 40. Ein Verbot stiller Willkürreserven nimmt allein STAUB-BONDI an, Anm. 2 zu § 40 HGB.

2) Bereits HASCHE ((1797) S. 16) bemerkt in seiner Theorie von der Gültigkeit einer Gewohnheit: "Es ist nichts Rechtens, weil es Gewohnheit ist, sondern es ist Gewohnheit, weil es Rechtens ist."

des Gesamtvermögens rechtlich selbständig sind, wie es z.B. bei dem Vermögensteil der Fall ist, der zum Betriebe einer offenen Handelsgesellschaft verwendet wird... Der Aufwand des Gemeinschuldners hat sich... nach seiner gesamten Vermögenslage zu richten. Nur nach ihr kann sich die Angemessenheit oder Übermäßigkeit ergeben. Hätte sich also z.B. eine der beiden Gesellschaften, bei denen der Angeklagte D beteiligt war, besonders günstig entwickelt, während seine anderen drei Betriebe ganz ungünstig gearbeitet hätten, so wäre er nicht berechtigt gewesen, aus dem guten Betriebe besonders hohe Summen zu verbrauchen."

In dem Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches von 1849 [1] hieß es:

"Die Trennung des Vermögens eines Handelsmannes in Handelsvermögen und anderes ist eine rein faktische, welche rechtlich keine Bedeutung hat. Für die Schulden des Kaufmanns haftet sein ganzes Vermögen, und im Falle der Zahlungseinstellung haben die Gläubiger und der Staat ein Interesse, die Lage des ganzen Vermögens zu prüfen und zu untersuchen, ob dem Fallirten in Beziehung auf die ganze Vermögensverwaltung grobes Versehen oder gar böse Absicht zur Last falle."

Es wird also offensichtlich auf die haftende Einheit abgestellt. [2] Entscheidend dafür, welche Vermögensteile und Schulden bei der Prüfung (hier: der Übermäßigkeit von Ausgaben) einbezogen werden, ist ihre Teilnahme am Vollstreckungsverfahren. Deutlich kommt dies zum Ausdruck in:

- RGSt 5, 407 (408 f.): "Jedenfalls ist es zweifellos, daß die Konkurseröffnung... das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners einheitlich ergreift" ... "daß die Handelsbücher eine Übersicht des wirklichen Vermögenszustandes und die Bilanz eine zuverlässige Aufrechnung des Reinvermögens (nur, der Verf.) gewähren, wenn die Bücher auch über die Lage des Vermögens, welches der Kaufmann auch außerhalb des seine Eigenschaft als Vollkaufmann begründenden Geschäfts besitzt, Aufschluß geben" ... "Wenn zweifellos eine ordentliche kaufmännische Buchführung erfordert, daß auch der Privatverbrauch des Kaufmannes aus den Büchern ersichtlich ist, so ist nicht zu verstehen, wie eine Buchführung als eine den Vermögenszustand vollständig klar stellende bezeichnet werden soll, welche nur über einen Teil der Geschäftsführung Aufschluß gewährt, einen anderen vielleicht in seinen Wirkungen auf den Vermögensstatus und die Zahlungsunfähigkeit ebenso wesentlichen Teil ganz verschweigt."

---

1) Entwurf (1849) S. 51.

2) Dies folgt auch aus BGH NJW 1953, 1480: "Stets müssen die Ausgaben aber aus dem eigenen, im Falle des Konkurses in die Masse fallenden Vermögen des Schuldners erfolgt sein."

- RGSt 41, 41 (43): "Der Zweck der Buchführung erfordert eine Übersicht über das gesamte, den Gläubigern in vollem Umfang haftende, grundsätzlich eine rechtliche Einheit bildende Vermögen des Einzelkaufmanns sowohl für diesen als auch für die Gläubiger und den Konkursverwalter."

Dieser Ansicht folgt ein Teil der Kommentatoren [1] - wie auch der Verfasser -, ein anderer nicht. [2]

Die Gegner einer das Privatvermögen treffenden Bilanzierungspflicht wenden als Kriterium, welche Vermögensteile in der Bilanz ersichtlich zu machen sind, ihre Zugehörigkeit zum "Handelsvermögen" [3], zum "kaufmännischen Vermögen des Kaufmanns" [4] an. Dieses Kriterium ist jedoch, wie gezeigt wurde, in bezug auf

---

1) SCHWARZ-DREHER, Anm. 2 D zu § 239 KO, SCHAEFER in Lpz. Komm. Anm. II Ziff. 4 zu § 240 KO, WÜRDINGER in RGR Komm. z. HGB Anm. 9 zu § 38; zum Ausweis des Privatvermögens in der Bilanz genügen Sammelwerte.

2) BRÜGGEMANN in Großkomm. HGB Anm. 13 zu § 38, Begründung: wertlos, da keine einwandfreien Rückschlüsse auch für Gesellschaftsgläubiger (diese sind nicht Adressaten der Dispositionsbeschränkungsbilanz), Fremdkörper bei der dynamischen Betrachtungsweise im Sinne SCHMALENBACHs (die Dispositionsbeschränkungsbilanz will keinen dynamischen Gewinn SCHMALENBACHscher Prägung ermitteln), der Konkursverwalter habe andere Möglichkeiten (§ 125 KO), den Aktivstatus des Privatvermögens festzustellen (betr. Verfahrensbeschleunigungsbilanz), Schlechterstellung der Einzelkaufleute als Gesellschafter der OHG (KG), die nach h. M. Privatvermögen nicht bilanzieren müssen (in Konsequenz obiger Ausführungen ist diese Auffassung abzulehnen), private Verpflichtungen aus sittlichem Grund, unpfändbare Werte (auch sie sind, genau wie die zum Geschäftsbetrieb gehörenden Vermögensteile, nach dem oben festgestellten Kriterium der Teilnahme am Vollstreckungsverfahren zu behandeln);
BAUMBACH-DUDEN, Anm. 4 C zu § 38 HGB, Begründung: die Bilanz könne als Abschluß der Buchführung nur deren Buchungen abschließen, also nichts von außerhalb der Buchführung annehmen (Grundlage der Bilanz ist nach h. M. vielmehr die Inventur, sonst Scheinbilanz); DÜRINGER-HACHENBURG-LEHMANN, Anm. 13 zu § 38 HGB.
Auffallend ist, daß die Strafrechtskommentatoren Privatvermögen bilanzieren wollen, während die Handelsgesetzbuch-Kommentatoren dies überwiegend ablehnen: erstere werden sich ihre Meinung in Kenntnis obiger Rechtsprechung in Strafsachen gebildet haben.

3) BRÜGGEMANN in Großkomm. HGB Anm. 13 zu § 38.

4) DÜRINGER-HACHENBURG-LEHMANN, Anm. 13 zu § 38 HGB.

die Dispositionsbeschränkungsbilanz, die der Gesetzgeber bei §§ 39, 40 HGB in erster Linie im Auge hatte, nicht sachgerecht.

6. DIE BEHANDLUNG SCHWEBENDER VERTRÄGE

Der Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches zufolge werden in den Handelsbüchern "nicht ... die Geschäftsabschlüsse als solche, sondern nur die in Folge der Geschäfte eintretenden Vermögensveränderungen ersichtlich gemacht." [1] Die Denkschrift gibt damit einen Hinweis für die Behandlung schwebender Rechtsgeschäfte (d.s. gegenseitige Rechtsgeschäfte, die noch von keiner Seite vollständig erfüllt sind) in den Handelsbüchern. Für Umfang und Zeitpunkt ihrer Berücksichtigung ist demnach die Vermögenswirksamkeit der schwebenden Verträge entscheidend. Was aber für die Handelsbücher Maxime ist, um in ihnen die Lage des Vermögens ersichtlich zu machen, kann nicht weniger für die Bilanz gelten, die eine Übersicht des Vermögensstandes ermöglichen soll.

Bei Arbitragegeschäften tritt aber eine Vermögensveränderung schon mit Vertragsabschluß ein, also immer vor Leistungsvornahme, bei Spekulationsgeschäften, die typischerweise deswegen zustande kommen, weil beide Teile für sich von ihrer Vorteilhaftigkeit überzeugt sind, dann, wenn sich nach Vertragsabschluß Umstände einstellen, die den Eintritt eines Gewinnes oder Verlustes bei einem Vertragsteil mit Sicherheit erwarten lassen (was um so häufiger der Fall sein wird, je größer die zwischen Vertragsabschluß und Erfüllungshandlung liegende Zeitspanne ist). In beiden Fällen sind vor der eigentlichen Abwicklung der Geschäftsabschlüsse Vermögensveränderungen eingetreten, die den oben getroffenen Feststellungen zufolge in der Dispositionsbeschränkungsbilanz unverzüglich ihren Niederschlag finden müssen.

Die in der Rechtslehre vertretenen Auffassungen zur Behandlung schwebenden Engagements in der Bilanz sind nicht frei von Widersprüchen. Die herrschende Lehre will - in, allerdings ungenauer, Anlehnung an die Denkschrift - erst "die infolge ihrer Abwicklung eingetretenen Vermögensveränderungen [2] (Denkschrift S. 45)" [3] buchen und bilanzieren, indem sie davon ausgeht, daß sich bis dahin Recht und Verpflichtung aus dem Vertrag gleichwertig gegenüberstehen, mithin für die Buchung nichts übrigbleibt; maßgebend seien einfache, am wirtschaftlichen Effekt

1) Entwurf (1896) S. 45.

2) i. O. gesperrt.

3) BRÜGGEMANN in Großkomm. HGB Anm. 12 zu § 38.

orientierte Begriffe von Zu- und Abgang von Vermögensteilen. [1] Zu ihrer eigenen Auffassung in Widerspruch setzen sich die Kommentatoren aber, wenn sie, unter Bezugnahme auf die Entscheidung des ROHG Bd. 24, S. 73 [2], darauf hinweisen, daß die Bewertung unverkaufter Waren an den Verkaufspreis heranreichen kann, daß also letztlich der auf beiderseits noch unerfüllten Verträgen beruhende Gewinn aktiviert werden darf. [3]

Gegen diese Bilanzierungsweise erwachsen auch nicht Bedenken aus der im Falle eines hereinbrechenden Konkurses vorgesehenen Abwicklung schwebender Rechtsgeschäfte. Nach § 17 KO (der die konkursmäßige Abwicklung von Austauschverträgen, bei denen das Schuldverhältnis Zug um Zug erledigt werden kann, regelt) hat der Konkursverwalter ein Wahlrecht zwischen Erfüllung und Nichterfüllung. Der Verwalter wird aber immer die Wahl nach der praktischen Überlegung treffen, was für die Masse günstiger ist.

---

1) BRÜGGEMANN in Großkomm. HGB Anm. 12 zu § 38, Anm. 8 zu § 39, BAUMBACH-DUDEN, Anm. 4 A, B zu § 38 HGB, HEINICHEN in Komm. z. HGB Anm. 9 zu § 38, Anm. 7 zu § 39, WÜRDINGER in RGR Komm. z. HGB Anm. 8 zu § 39, STAUB-BONDI, Anm. 5 zu § 38, Anm. 4 u. 8 zu § 40 HGB, DÜRINGER-HACHENBURG-LEHMANN, Anm. 12 zu § 38, Anm. 4 Abs. 2 zu § 39 HGB.

2) Siehe oben S. 57.

3) BRÜGGEMANN in Großkomm. HGB Anm. 8 zu § 39, HEINICHEN in Komm. zu HGB Anm. 7 zu § 39, WÜRDINGER in RGR Komm. z. HGB Anm. 8 zu § 39, STAUB-BONDI, Anm. 8 zu § 40 HGB, DÜRINGER-HACHENBURG-LEHMANN, Anm. 4 Abs. 2 zu § 39, Anm. 7b zu § 40 HGB; sehr deutlich bei DÜRINGER-HACHENBURG-LEHMANN ("Bei beiderseits unerfüllten gegenseitigen Verträgen ist die Aufnahme eines sicheren Nutzens unter die Aktiven offensichtlich unter Umständen zulässig. Umgekehrt gehört ein feststehender Verlust in die Passiven." "Der sichere Gewinn, der auf schwebenden beiderseits nicht erfüllten Verträgen ruht, kann aktiviert werden, insoweit er einen greifbaren wirtschaftlichen Wert hat ...") und STAUB-BONDI ("Indessen werden schwebende Rechtsverhältnisse nicht immer außer acht zu lassen sein, sie können durch ihre Eigenart schon jetzt einen der Buchung werten greifbaren Vorteil oder umgekehrt eine Last des Geschäfts darstellen und können alsdann entsprechend gebucht werden und in der Bilanz erscheinen").

7. DIE KONKURSORDNUNG ALS LIEFERANTIN VON HINWEISEN FÜR EINE SACHGERECHTE BILANZIERUNG

Auf der Aktivseite der Bilanz figuriert Vermögen; aus diesem werden bei ausgebrochenem Konkurs auf der Passivseite ausgewiesene Schulden befriedigt. Ist der Bezug auf das Konkursverfahren zufällig, während die Bilanzierungsweise vielmehr "kaufmännischer Gepflogenheit" folgt, oder ist für sie die in einem zum Zeitpunkt der Bilanzaufstellung gedachten Konkurs herrschende Rechtslage bedeutungsvoll? Das letztere wird nachgewiesen, indem aus der Fülle der kasuistisch behandelten Bilanzierungsregeln einige herausgegriffen werden und für sie Übereinstimmung mit der jeweils im Konkurs herrschenden Rechtslage festgestellt wird. [1] Soweit dies der Fall ist, kann die meist umfangreiche Rechtsprechung und das Schrifttum zu den entsprechenden Bestimmungen (vor allem) der Konkursordnung für die Feststellung der jeweils sachgerechten Bilanzierung nutzbar gemacht werden.

Der zu führende Nachweis findet bereits seine erste Stütze darin, daß schwierige Fragen des Ausweises in der Bilanz (Gesamtgut, Gut des anderen Eheteils, Vermögen der Kinder, Einlage eines stillen Gesellschafters) durch Rückschluß aus der Konkursordnung beantwortet werden: [2] "Wie es auch im Falle seines Konkurses nach § 2 Abs. 1 KO zur Konkursmasse gehört." "Der Unterschied ist namentlich im Falle des Konkurses der Gesellschaft von Bedeutung." "Auch dies bestätigt der Rückschluß aus §§ 1 Abs. 1 Satz 2, 2 KO." "Im Falle seines Konkurses gehört dann nach § 2 Abs. 3 KO das Gesamtgut auch zur Konkursmasse." [3]

a. Aus dem Gewinn zu zahlende Schulden

Nach herrschender Rechtsprechung zu § 40 HGB sind Zahlungsverpflichtungen, deren Begleichung nur aus dem Reingewinn erfolgen soll, nicht unter den Passiva auf-

1) Vgl. bereits hierzu beide vorangegangenen Abschnitte.

2) So BRÜGGEMANN in Großkomm. HBG Anm. 7 zu § 39.

3) Die sachgerechte Bilanzierung zur Feststellung einer Überschuldung orientieren Lehre wie Rechtsprechung deutlich an den Bestimmungen der Konkursordnung (vgl. SCHMIDT in HACHENBURG GmbH-Ges. Anm. 5 zu § 63 m. w. Nachweisen); doch was für die Dispositionsentzugsbilanz auf der Hand liegen mag, muß für die Dispositionsbeschränkungsbilanz, die hier zuvörderst interessiert, erst nachgewiesen werden. Tatsächlich besteht zwischen der Dispositionsentzugsbilanz und der Dispositionsbeschränkungsbilanz hinsichtlich der Bilanzierungsweise eine außerordentlich enge Verwandtschaft, ein Umstand, der in Anbetracht der gleichgerichteten Zwecksetzung beider Bilanzen nicht erstaunt.

zuführen. [1]

- RGZ 81, 17 (22) zu §§ 235, 261, 40 HGB: "In die zur Ermittlung des Gewinnes oder Verlustes bestimmte Jahresbilanz sind aber bloß die eigentlichen Vermögensschulden aufzunehmen. Schulden deren Bezahlung nur für den Fall der Erzielung eines sei es gegenwärtigen, sei es zukünftigen Reingewinnes und nur aus diesem Gewinne zu erfolgen hat, müssen bei der Ermittlung, ob ein Gewinn erzielt worden ist, naturgemäß außer Betracht bleiben."

- KG zu § 40 HGB WM 1959, 1, 735: "Ein solches übereinstimmendes Vorgehen (Abschreiben der Forderung auf einen Erinnerungswert, der Verf.) der Gläubigerin und Schuldnerin konnte nur den Sinn haben, der Beschwerdeführerin ungeachtet ihrer aus der Zeit vor dem Zusammenbruch (1945, der Verf.) herrührenden Verbindlichkeit eine Lebensgrundlage dadurch zu verschaffen, daß die Gläubigerin und Mitgesellschafterin ihre Forderung bis zum Ausgleich der Ostverluste nicht geltend machte und so die Neufestsetzung (des Stammkapitals, der Verf.) auf den gesetzlichen Mindestbetrag ermöglichte... Da es mithin für die Zeit des Bilanzstichtages gänzlich ungewiß war, ob und wann die Verbindlichkeit gegenüber der Gesellschaft geltend gemacht werden könnte und würde, kann ihre Unterbewertung nicht als schlechthin sachwidrig erachtet werden."

In dieser Judikatur kommt ersichtlich die Überlegung zum Ausdruck, daß in der Dispositionsbeschränkungsbilanz, durch die der Schutz der gegenwärtigen Gläubiger bezweckt wird, nur die Forderungen derjenigen Gläubiger einzusetzen sind, die im Falle eines Konkurses zur Teilnahme am Verfahren berechtigt sind. [2] Dies ist eben dann nicht der Fall, wenn sich ein Gläubiger verpflichtet hat, auf die Bezahlung seiner Forderung solange zu verzichten, bis alle übrigen Gläubigeransprüche gegen den Gemeinschuldner befriedigt worden sind. [3]

---

1) Vgl. BRÜGGEMANN in Großkomm. HGB Anm. 7 Abs. 3 zu § 40, STAUB-BONDI, Anm. 7 Abs. 3 zu § 40 HGB, HEINICHEN in Komm. z. HGB Anm. 7a. E. zu § 40, WÜRDINGER in RGR Komm. z. HGB Anm. 7 a. E. zu § 40, DÜRINGER-HACHENBURG-LEHMANN, Anm. 7c a. E. zu § 40 HGB.

2) Dies gilt dann auch für die zukünftigen familienrechtlichen Unterhaltsansprüche (z. B. des früheren Ehegatten oder des unehelichen Kindes), die, weil sie fort und fort neu entstehen, keine Konkursforderung darstellen, vgl. JAEGER-LENT (1958) Anm. 34 ff. zu § 3 KO.

3) Vgl. auch RGSt in Das Recht, 1928, Nr. 41, RGSt 61, 387 (388) sowie BGH in KTS 1962, 170 für die Ausschüttungssperr- und Dispositionsentzugsbilanz.

b. Sicherungseigentum

Zur Stützung der Auffassung, daß die für die Bilanzierung relevanten Vorgänge vielfach nur nach ihrer wirtschaftlichen Beziehung zu dem Unternehmen, nicht nach ihrer juristischen Seite beurteilt werden, daß Zu- und Abgang von Vermögensstücken maßgebend seien, werden als Beispiel sicherheitshalber übereignete Vermögensstücke angeführt [1], die in der Bilanz des Sicherungsnehmers nicht aufgeführt - es erscheint dort vielmehr die Forderung gegen den Sicherungsgeber -, sondern in der Bilanz des Sicherungsgebers weitergeführt werden. Diese Bilanzierungsweise entspricht aber wiederum genau der in einem gedachten Konkurs herrschenden Rechtslage, denn

- RGZ 124, 73 (75): "Der letzte Grund für sie (die herrschende Meinung, daß Sicherungseigentum kein Aus-, sondern nur ein Absonderungsrecht gewährt, der Verf.) liegt aber nicht in dem Umstand, daß das Sicherungseigentum nur ein Eigentum minderen Rechts sei und wirtschaftlich einem Pfandrecht gleichstehe, sondern darin, daß der Konkurs zu einer sofortigen Lösung nicht nur des sachenrechtlichen Verhältnisses, sondern auch des der Sicherungsübereignung zugrunde liegenden persönlichen Verhältnisses nötigt. Der Sicherungsnehmer darf nicht gleichzeitig die Sache aussondern und wegen seiner gesamten Forderung Befriedigung aus der Masse verlangen. Er kann den Wert des übereigneten Gegenstandes nur in soweit beanspruchen, als er seine Forderung nicht übersteigt; im übrigen muß er der Masse den Wert gewähren."

c. Selbst erworbene rein ideelle Werte

Nach herrschender Lehre dürfen rein ideelle Werte, wie die eigene Firma, die selbst erworbene Kundschaft, Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, grundsätzlich nicht in der Bilanz aktiviert werden. Immaterielle Werte dürfen dann als Aktivposten in die Bilanz eingesetzt werden, wenn sie entgeltlich erworben wurden. [2] Diese Bilanzierungsweise könnte Ausfluß der Lehre von der Beschlagsfähigkeit des Vermögens im Sinne des § 1 der Konkursordnung sein.

---

1) BRÜGGEMANN in Großkomm. HGB Anm. 8 zu § 39, BAUMBACH-DUDEN, Anm. 4 B zu § 38 HGB, WÜRDINGER in RGR Komm. z. HGB Anm. 7 zu § 39.

2) Vgl. BRÜGGEMANN in Großkomm. HGB Anm. 9 A. I. 5. m. w. Nachweisen. Für die Ausschüttungssperrbilanz ist dieses Verfahren gemäß § 153 Abs. 3 u. 5 AktG Gesetz; angesichts der Endgültigkeit von Dividendenausschüttungen gilt es hier allein, "mit robusten, leicht justiziablen Höchstbewertungsvorschriften übertrieben hohe Wertansätze für die Aktiven zu verhindern." (STÜTZEL (1967) S. 19)

BGH zu § 239 KO in GA 1953, 73: "Die bloße Übertragung der Firma mit ihrem alten Ruf und Kundschaft ist kein Beiseiteschaffen von Vermögensstücken, denn sie unterliegt nicht dem Zugriff der Gläubiger."

"Es muß sich um Gegenstände handeln, die zur Konkursmasse, d.h. zu dem der Zwangsvollstreckung unterliegenden Vermögen des Gemeinschuldners,gehören."

Danach hängt es von der Beschlagsfähigkeit eines Vermögenswertes ab, inwieweit es in die Betrachtung, ob der Schuldner sich wegen kritischer Vermögenssituation in seinen Dispositionen zu beschränken hat, einbezogen wird.

JAEGER-LENT [1]: "Die bisher h.M. faßte die Firma als Persönlichkeitsrecht auf und behielt daher die Verfügung über sie dem Gemeinschuldner vor (...). Neuerdings hat aber die gegenteilige Meinung an Boden gewonnen, mehrfach allerdings mit Beschränkung auf die abgeleitete Firma (...). Aber die konkursrechtliche Behandlung gestattet wohl kaum einen Unterschied zwischen den beiden Arten von Firmen. Es ist daher der vom Kommentar Schlegelberger (...) und von Reimer (...) vertretenen Auffassung zu folgen, daß die Firma stets vom Konkurs erfaßt und daher vom Konkursverwalter übertragen werden kann... Für die Veräußerung des Geschäfts im ganzen ist die Beibehaltung der Firma oft ausschlaggebend und im Interesse der Konkursgläubiger erforderlich."

Dieser Auffassung zufolge stehen also originärer und derivater Firmenwert gleichermaßen dem Gläubigerzugriff offen und wären darum - entgegen der von den Handelsgesetzbuch-Kommentatoren zu §§ 38 ff HGB vertretenen Ansicht - grundsätzlich aktivierungsfähig (wie jede beschlagsfähige Maschine oder Ware auch). Das Aktivierungsverbot der eigenen Firma könnte jedoch folgendermaßen seine Erklärung finden:

- RG LZ 1915, 231: Nach § 40 HGB ist als Aktivum in die Bilanz einzusetzen, was zur Zeit ihrer Aufstellung Gegenstand des Rechtsverkehrs ist, z.B. von dritter Seite erworbene ideelle Werte, wenn zu ihrer Erlangung Aufwendungen gemacht wurden. Nicht dagegen selbst erworbene rein wirtschaftliche Güter. "Denn wenn ... der Berechtigte an diesen rein wirtschaftlichen Gütern in Konkurs gerät, ehe er zu einer Verwertung derselben geschritten ist, und demzufolge der KVerwalter in die Lage kommt, sich über deren Verwertung schlüssig zu machen, so würde sich für diesen ergeben, daß er einen Reflektanten auf das Fabrikationsgeheimnis oder auf die Kundschaft oder auf die Firma der in Konkurs verfallenen Gesellschaft kaum findet, für ihn also die Möglichkeit

1) JAEGER-LENT (1958) Anm.7 Abs.3 zu § 1 KO.

der Verwertung dieser Güter zu dem von deren Inhaber angenommenen Werte wohl ausgeschlossen ist."

Sachgerecht lassen sich derartige Grenzfälle bilanzmäßiger Behandlung offensichtlich nur in zwei Schritten einer Lösung zuführen: Ist erstens der fragliche Vermögenswert beschlagsfähig (denn die Bilanzierungsfähigkeit folgt der Beschlagsfähigkeit [1]) - die Antwort hierauf gibt § 1 der Konkursordnung (Umfang der Konkursmasse) -, und welcher Preis ließe sich zweitens für dieses Objekt mit genügender Sicherheit erzielen? [2]

Dieselben Gesichtspunkte gelten auch für die bilanzmäßige Behandlung eigener Patente. Ein bereits erteiltes Patent gehört als Recht von wirtschaftlicher Art, das frei veräußerlich ist, zur Konkursmasse. [3] Auch eine angemeldete Erfindung gehört zur Masse, denn nach dem Gesetz besteht ein Recht auf das Patent, also mehr als eine bloße Anwartschaft, welches ebenfalls veräußerlich ist. [3] Zweifelhaft ist bloß, ob auch die noch nicht angemeldete Erfindung ohne den Willen des Erfinders zur Masse gezogen werden kann. Nach JAEGER-LENT [3] trifft dies dann zu, sobald der Erfinder seinen Willen zur wirtschaftlichen Verwertung der Erfindung kundgetan hat (z.B. durch Verhandlungen, Ausstellung, Nutzung im Betrieb). Es ist demnach STAUB-BONDI [4] darin recht zu geben, daß (entgegen der herrschenden Meinung) "eigene Patente zum Schätzpreis (in die nach § 39, 40 HGB aufzustellende Bilanz, der Verf.) eingesetzt werden" können.

Wenn also der Konkursverwalter nach neuer Auffassung befugt ist, Geschäft und Firma zu veräußern [5] (going concern), so darf daraus nicht etwa gefolgert werden, eine Bewertung des Unternehmens als ganzes (Unternehmenswertbestimmung im betriebswirtschaftlichen Sinne) sei - entgegen dem, wie gezeigt wird, zu recht herrschenden Prinzip der Einzelbewertung - sachgerecht. Denn das Gesetz hat Institute herausgebildet, die es jederzeit zur Zerschlagung eines in Konkurs geratenen Unternehmens kommen lassen können. Absonderungsberechtigte können verlangen, daß bestimmte Gegenstände, die zur Masse gehören, ihnen vorweg zur

---

1) Die Beschlagsfähigkeit ist ein Rechtsbegriff und auf tatsächliche Verwertbarkeit nicht abgestellt, vgl. JAEGER-LENT (1958) in Anm. 18 a.A. zu § 1 KO.

2) Die beharrliche Verfolgung des Anschaffungswertprinzips verleitet dazu, sich nicht genügend Rechenschaft über die Veräußerlichkeit der Vermögensobjekte abzulegen; sie trübt den Blick für die Frage nach der Deckung der Gläubigeransprüche.

3) Vgl. JAEGER-LENT (1958) Anm. 11 zu § 1 KO.

4) STAUB-BONDI, Anm. 5 zu § 40 HGB.

5) Vgl. JAEGER-LENT (1958) Anm. 7 Abs. 4 zu § 1 KO.

abgesonderten Befriedigung überlassen werden, § 47 KO. [1]

Der Absonderungsgläubiger wird sein Verwertungsrecht rechtzeitig ausüben, denn er wahrt "sich die Vorteile der eigenen Verwertung, wie sie nicht nur im Ersparen von Kosten, sondern auch im Ausnutzen einer ihm günstigen Verkaufsgelegenheit oder eigener Verbindungen und Fachkenntnisse liegen können." [2]

Aufschlußreich ist in diesem Zusammenhang folgender historischer Rückblick: Nach der Lex Petillia, die das Recht der Gläubiger an der Person des Schuldners in ein mittelbares Recht an dessen Vermögen umwandelte [3], konnte der Verkauf desselben nur im ganzen geschehen. [4] Gegen Ende der Freien Republik trat eine Änderung ein: die Güter des Schuldners wurden nicht mehr im ganzen auf einen bonorum emtor übertragen, sondern sie wurden vereinzelt. [5] DABELOW führt folgende Ursachen als Veranlassung dieser Veränderung an: [5] 1. Änderung des Besteuerungssystems, 2. die Beschwerden der Schuldner, daß beim Verkauf im ganzen das Vermögen immer unter seinem wahren Wert losgeschalgen werden mußte, weil sich sonst kein bonorum emtor gefunden haben würde, 3. das gemeine Beste,

1) "Der Absonderungsberechtigte kann somit als solcher, d.h. kraft seines Anspruchs auf abgesonderte Befriedigung aus den Absonderungsobjekten, namentlich als Grundpfandgläubiger kraft der Hypothek, Grund- oder Rentenschuld aus dem Grundstück ... ungehindert durch den § 14 seine Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung betreiben" (JAEGER-LENT (1958) Anm. 9 a.A. zu § 14 KO). "Die Geltendmachung der Absonderungsrechte erfolgt nach § 4 II unabhängig vom Konkursverfahren" (Ders., Anm. 9 zu § 47 KO). "Durch diese (Verwertungs-, der Verf.) Befugnisse des Verwalters wird das eigene Verwertungsrecht der Absonderungsgläubiger keineswegs ausgeschlossen (...). Sie brauchen nicht abzuwarten, bis es dem Verwalter gefällt, die Verwertung zu betreiben" (JAEGER-WEBER (1961) Anm. 11 Abs. 2 zu § 127 KO).
Das Unterstrichene i.O. gesperrt.

2) JAEGER-WEBER (1961) Anm. 6 zu § 127 KO.

3) S.o., S. 39 f.

4) Vgl. DABELOW (1801), S. 99 ff. "... der bonorum emtor wurde successor universalis des Schuldners" (Ders., S. 100), "... denn das Vermögen des Schuldners wurde von ihm als ein Ganzes, das nicht getrennt werden durfte, angesehen, und welches auch nur samt den darauf haftenden Schulden auf einen anderen übertragen werden konnte" (Ders., S. 102).
Heute greift die im § 25 HGB dem Erwerber auferlegte Schuldenhaftung im Falle der konkursmäßigen Geschäftsübertragung nicht Platz, denn der Konkursverwalter überträgt nur Aktiva, vgl. JAEGER-LENT, Anm. 7 Abs. 5 zu § 1 KO.

5) Vgl. DABELOW (1801) S. 105.

daß man den Forderungen einzelner Gläubiger Vorzüge zugestand, die nur bei der Vereinzelung des schuldnerischen Vermögens geltend gemacht werden konnten (!).

d. Unverzinsliche Schulden

Nach herrschender Meinung zu § 40 HGB können unverzinsliche, noch nicht fällige Schulden unter Abzug entsprechender Zinsen bewertet werden. [1] Auch in diesem Punkt kann Übereinstimmung mit der im Konkurs herrschenden Rechtslage festgestellt werden. Nach § 65 Abs. 2 KO werden unverzinsliche Forderungen gegen den Gemeinschuldner um den Zwischenzins, d.h. um den Unterschied zwischen dem gegenwärtigen Werte und dem Nennwert, gekürzt. [2] Gemäß der (herrschenden) METHODE HOFFMANN gelangt der Gläubiger mit dem Nennbetrag abzüglich der von der Konkurseröffnung bis zum Verfalltag auflaufenden gesetzlichen Zinsen ohne Zinseszins zum Zuge [3] Der Zwischenzins wird jedoch nur bei gänzlicher Unverzinslichkeit einer Forderung abgezogen.

Auch das von der Lehre einhellig anerkannte Verfahren der Praxis, den Unterschiedsbetrag zwischen Ausgabe- und höherem Rückzahlungskurs bei Teilschuldverschreibungen als Disagio zu aktivieren und auf die Laufzeit zu verteilen, entspricht somit insoweit genau der Rechtslage im Konkurs, als die Teilschuldverschreibung unverzinslich ist und der aktivierte Betrag den gesetzlichen Zinsen für die Restlaufzeit gleichkommt.

Infolge dieses Sachverhaltes kann der herrschenden Meinung nicht zugestimmt werden, daß eine Stundung grundsätzlich nicht eine Überschuldung beseitigen kann, sondern nur eine Zahlungsunfähigkeit [4], denn eine Überschuldung wird durch Stun-

---

1) DÜRINGER-HACHENBURG-LEHMANN, Anm. 7c a.A. zu § 40 HGB, BRÜGGEMANN in Großkomm. HGB Anm. 7a.A. zu § 40, HEINICHEN in Komm. z. HGB Anm. 7a.A. zu § 40, WÜRDINGER in RGR Komm. z. HGB Anm. 7 a.A. zu § 40. Lediglich nach BAUMBACH-DUDEN (Anm. 3 H zu § 40 HGB) sind unverzinsliche wie verzinsliche betagte Schulden grundsätzlich voll anzusetzen.

2) Durch den Zwischenzinsabzug von unverzinslichen Forderungen will der Gesetzgeber eine Bevorzugung der Gläubiger solcher Forderungen gegenüber Gläubigern verzinslicher Forderungen verhüten, die, weil grundsätzlich alle betagten Forderungen im Konkurs fällig werden (§ 65 Abs. 1 KO), für die Zeit von der Konkurseröffnung bis zum Fälligkeitstermin keine Zinsen erhalten, während (auch) für diesen Zeitraum bei unverzinslichen Forderungen Zinsen in der Regel im Rückzahlungsbetrag enthalten sind.

3) Vgl. JAEGER-LENT (1958) Anm. 6 Abs. 2 zu § 65 KO.

4) Vgl. SCHMIDT in HACHENBURG GmbH-Ges. Anm. 5b, ii zu § 63 m.w. Nachweisen.

dung unverzinslicher Schulden aufgehoben, falls der Betrag der während des Zeitraums des Zahlungsaufschubs auflaufenden gesetzlichen Zinsen dem Betrag der Überschuldung gleichkommt oder ihn übersteigt. [1] Ein Generalmoratorium vermag also durchaus eine Überschuldung zu beseitigen.

1) Die gleichen Überlegungen gelten für eine Darlehensgewährung.

ANHANG

Bei SAVARY (1676)
finden wir verstreut bereits einen umfangreichen Katalog von Bilanzzwecken:

Damit die Kaufleute sehen mögen, ob sie das Jahr über gewonnen oder verloren haben, damit sie verhindern, daß sie von ihren Bedienten und Gesinde bestohlen werden, damit zum Nutzen ihrer Frauen und Kinder die Dinge nicht in Unordnung und Verwirrung sind, wenn einen der Tod überrascht und sie in solchem Fall wissen, worin das Vermögen besteht und was sie davon zu hoffen haben, damit die Kaufleute im Konkursfall wenigstens seit dem Tage der Inventarerrichtung sich rechtfertigen und den Gläubigern wegen ihrer Handlungen Rechenschaft ablegen können, damit ermittelt werde, was den einzelnen Gesellschaftern einer Societät zukommt, damit Kaufleute dem Unglück entgehen, in Unkenntnis des eigenen Vermögensstandes zu fallieren, obwohl die nachträgliche Prüfung durch die Gläubiger ergibt, daß doppelt soviel Vermögen wie Schulden vorhanden ist, damit Kaufleute den Konkurs vermeiden, der eintreten könnte, wenn sie es unterlassen, sich selbst Rechenschaft über ihre Vermögenssituation abzulegen und ihren Kindern zuviel zum Brautschatz geben, damit in einer schwierigen Situation besser Abhilfe geschaffen werden könne (38. Kap. 1. Buch S. 603 ff), damit diejenigen, die ihre Zahlungen eingestellt haben, ihren Gläubigern einen verbürgten Status über alles, was sie besitzen und über alles, was sie schulden, abgeben, sodaß die Gläubiger einen Einblick in den Stand der Geschäfte und ihre eigenen Aussichten erhalten (64. Kap. 2. Buch).

Auszug aus der hamburgischen Falliten-Ordnung [1]:

Art. 13. Die von Curatoribus angenommene, von den Herren Commisariis beeydigten Buchhalter sind schuldig, mit Hintansetzung aller anderen Arbeit, wenn solche nicht höchstnöthig, und keinen Verzug leidet, sich sofort mit den Curatoribus bonorum in des Falliti Haus zu begeben, und sich auf dem Comtoir oder sonsten im Hause befindliche Bücher und Briefschaften überliefern zu lassen, die dann entweder daselbst unter sicherer Verschließung bleiben sollen, oder nach der Curatorum Anordnung ihnen, den Buchhaltern, zu Händen gestellt werden. Diese sind darauf ferner schuldig, ohne Verzug, nachzusehen, ob die Journale, Kladden, Cassa-Bücher etc. in gehöriger Ordnung sind, imgleichen wie weit das Hauptbuch geschrieben ist, und von diesem allem den Curatoribus, um ihre Verfügungen danach einzurichten, Nachricht zu geben; wie sie denn überhaupt wenn sie etwas erfahren das zu der Masse Nachtheil oder Nutzen gereichen könnte, davon die gehörige baldige Entdeckung zu thun, allemal verbunden bleiben.

1) Zitiert bei HASCHE (1797).

Eyd des Buchhalters:

... sämtliche Bücher, Briefschaften, Documente von dem Schuldner ... abfordern, solche unverzüglich und allen Fleißes nachsehen, das Hauptbuch so geschwinde als möglich, supplieren, eine accurate Bilanz von dem ganzen Status bonorum, soviel nämlich aus den gedachten Papieren zu ersehen ist, verfertigen, ... Anmerkungen machen, ob es durch Unglücks-Fälle oder durch seine Schuld, Versehen, oder wohl gar aus Bosheit geschehen...

Art. 102. Vorsätzliche und boshafte Falliten sind demnach: 1. Die, wenn sie ihre Gläubiger noch befriedigen könnten, dennoch mit Fleiß, um sich zu bereichern, bankerot machen, ihre Güter verhelen, die Bücher an die Seite bringen, oder wohl gar mit großen Summen Geldes davon laufen; ... 3.... ihre Bücher verfälschen... 4. Die, welche sich durch üppiges, wollüstiges Leben, Spielen, und dergleichen, ins Verderben stürzen; ... 8. Die, welche in gefährlicher Absicht, und zur Verhehlung ihres Status, zur Zeit ihres Austritts ihre Bücher und Journale nicht in guter Ordnung haben.

Art. 104. Leichtsinnige Falliten sind solche: 1. Die gefährliche Entreprisen über ihr Vermögen über sich nehmen... 2. Die, welche, ohne Assecuranz, ihr Vermögen weit übersteigende Summen der See und Ungewitter anvertrauen; 3. Die ihre Bücher, aus bloßer Nachlässigkeit, über zwey Jahre im Rückstand haben; 4. Die, welche es so lange halten, daß sie ihren Creditoribus nicht 40, 30 und 20 pro Cent geben können; 5. Die, welche, da sie einen großen Verfall ihrer Handlung gemerkt, sich nicht beyzeiten eingeschränkt, sondern die gewohnte Lebensart beybehalten haben.

Art. 108. Der Buchhalter stattet den Commissions-Herren einen Bericht zu Ende der Fallit-Sache ab. Die Untersuchung, zu welcher Classe ein Fallit gehöre, competirt vorzüglich den Herren Commisariis. Der Buchhalter-Bericht muß, eine Geschichte der Entwicklung der endlich erfolgten Unzahlfähigkeit, enthalten. Es muß gezeigt werden, in wie ferne der Fallite Schuld an dem Unglücke ist, oder nicht ist. Es muß vorgetragen werden, wie er sich bey dem anfangenden Verfall seines Vermögens benommen, ob er viel verzehrt, oder eingeschränkt gelebt habe. Ob er, oder nicht viel mehr die Frau verschwendet habe; ob die Handlungs-Bücher ordentlich geführt sind; ob zu vermuthen ist, daß etwas an die Seite geschafft worden; ... und endlich, was überhaupt von dem Charakter des Falliten zu urtheilen ist.

Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (Zweiter Theil)

Achter Titel, Von Kaufleuten

VI Von Handlungsbüchern

§ 562. Ein Kaufmann kann sich seiner Handlungsbücher, wenn dieselben gehörig geführt sind, zum Beweise ... bedienen.
(Es folgen 52 die Beweiskraft regelnde Einzelbestimmungen)

§ 566. Sollen Handlungsbücher Beweiskraft haben: so müssen sie nach kaufmännischer Art geführt seyn.

VII Von Handlungsgesellschaften, 3) Wegen der Rechnungsablegung

§ 639. Jeder Gesellschafter ist schuldig, dahin zu sehen, daß über die durch ihn besorgten Geschäfte ordentliche Bücher nach kaufmännischer Art geführt werden.

§ 640. Wer dies unterläßt, verliert bey der Rechnungslegung, in Absicht der durch ihn betriebenen und nicht gehörig eingetragenen Geschäfte, die Befugnis zur eidlichen Bestärkung.

§ 641. Auch ist er den übrigen Mitgliedern für allen dadurch entstehenden Schaden verhaftet.

§ 642. Sind in dem Contracte keine besondere Verabredungen getroffen: so kann jedes Mitglied verlangen, daß am Ende des Jahres ein Inventarium über das gesammte Societätsvermögen aufgenommen; alsdann der Abschluß aus den Handlungsbüchern angefertigt; und nach demselben Gewinn oder Verlust vertheilt werde.

§ 643. Bey dem Mangel anderer Bestimmungen muß dies am Ende des Monats Dezember in jedem Jahre geschehen.

§ 644. Sind in dem Contracte keine besondere Abreden getroffen: so werden, bey Aufnahme des Inventarii, die zum Handlungsvermögen gehörenden Vorräthe an Materialien und Waaren nur zu dem Preise, wofür sie angeschafft sind, und wenn der gangbare Werth zur Zeit der Inventur niedriger ist, nur zu diesem niedrigeren Preise angesetzt.

§ 645. Von solchen Materialien und Waaren, deren Werth durch das Liegen im Lager vermindert wird, ingleichen von den Gerätschaften, welche sich durch den Gebrauch abnutzen, muß außerdem noch ein verhältnißmäßiger Abzug gemacht werden.

§ 646. Die ausstehenden Forderungen der Handlung, welche nicht beigetrieben

werden können, müssen ganz abgeschrieben; die zweifelhaften aber nur mit einem verhältnißmäßigen Abzuge angesetzt werden.

Zwanzigster Titel, Von Eigennutz und Betrug, 2) Bankerut:

a) betrüglicher;

§ 1452. Ein betrüglicher Bankerutirer ist derjenige, welcher sein Vermögen verheimlicht, um seine Gläubiger zu hintergehen.

§ 1453. Wer in der Absicht, sich mit dem Schaden seiner Gläubiger zu bereichern, ein Unvermögen zu zahlen fälschlich vorgiebt, soll öffentlich ausgestellt, für ehrlos erklärt, und mit lebenswieriger Festungsarbeit bestraft werden.

§ 1454. Wer durch Aufstellung erdichteter Gläubiger, oder durch betrügliche Begünstigung solcher, deren Forderungen unbegründet oder übertrieben sind, die zur Bezahlung richtiger Schulden vorhandene obgleich unzureichende Masse schmälert, wird des gerichtlichen Glaubens und aller bürgerlichen Ehre verlustig, und soll fünf- bis zehnjährige Zuchthausstrafe leiden.

§ 1455. Auch diese Strafe soll nach der Größe der vorgehabten Verkürzung, und nach Beschaffenheit der zur Verhehlung des Betrugs, durch Verfälschung der Handlungsbücher und anderer Urkunden, oder sonst angewendeten Mittel, noch ferner, und allenfalls bis zu lebenswieriger Festungsarbeit geschärft werden.

§ 1456. Ein solcher betrüglicher Bankerutirer wird, wenn er vor Vollziehung der Strafe gestorben, oder entwichen ist, für ehrlos erklärt, und sein Bildnis an den Galgen geheftet.

§ 1457. In allen Fällen eines betrüglichen Bankeruts soll die Festungs- oder Zuchthausstrafe, am Anfange und Ende der Strafzeit, durch Züchtigung verschärft werden.

b) muthwilliger;

§ 1458. Wer durch übertriebenen oder liederlichen Aufwand sich außer Zahlungsstand gesetzt hat, ist ein muthwilliger Bankerutirer.

§ 1459. Für übertrieben ist jeder Aufwand zu achten, der die Nothdurften und gemeinen Bequemlichkeiten des Lebens übersteigt, und mit den jedesmaligen wirklichen Einkünften des Schuldners nicht im Verhältnis steht.

§ 1460. Insonderheit ist ein Aufwand, welcher durch Spiel, Wetten, Schwelgerey und unzüchtige Lebensart verursacht worden, unter allen Umständen, und ohne weitere Untersuchung, als übertrieben anzusehen.

§ 1461. Ein muthwilliger Bankerutirer soll aller Ehren und Würden im Staate für

unfähig erklärt, zu drey- bis sechsjähriger Zuchthausstrafe verurtheilt, und diese Bestrafung öffentlich bekannt gemacht werden.

§ 1462. Ist er ein Kaufmann: so verliert er noch außerdem, für immer, alle kaufmännische Rechte; so wie ein Jude für sich und seine Familie den Schutz des Staats.

§ 1463. Entzieht sich ein solcher muthwilliger Bankerutirer der Strafe durch die Flucht: so soll sein Bildnis an einen Schandpfahl geheftet werden.

§ 1464. Wer zu einer Zeit, da er keine wahrscheinliche Aussicht hat, seine Gläubiger jemals befriedigen zu können, dennoch zur Unterstützung seiner Verschwendung Schulden macht, ist als ein muthwilliger Bankerutirer anzusehen, und mit fünf- bis sechsjähriger Zuchthausstrafe zu belegen.

§ 1465. Werden die unter solchen Umständen (§ 1464) gemachten Schulden zur Vergrößerung der Masse verwendet: so soll ein solcher Bankerutirer mit drey- bis vierjähriger Zuchthausarbeit belegt werden.

c) fahrläßiger;

§ 1466. Wer zu einer Zeit, da er weiß, daß sein Vermögen zur Bezahlung seiner Schulden nicht mehr hinreiche, aber noch Hoffnung hat, daß selbiges sich in kurzem verbessern werde, mit Verheimlichung seiner Vermögensumstände neue Schulden macht, und dadurch den Verlust seiner Gläubiger vergrößert, soll als ein fahrläßiger Bankerutirer angesehen werden.

§ 1467. Eben dafür ist derjenige zu achten, der bey der Unzulänglichkeit seines Vermögens den Rest desselben zu seinen eignen oder der Seinigen Bedürfnissen, obschon ohne Verschwendung, verzehrt, und dadurch seinen Gläubigern entzieht.

§ 1468. Ein Kaufmann, welcher entweder gar keine ordentliche Bücher führt, oder die Balance seines Vermögens, wenigstens alljährlich einmal, zu ziehen unterläßt, und sich dadurch in Unwissenheit über die Lage seiner Umstände erhält, wird bey ausbrechendem Zahlungsunvermögen als ein fahrläßiger Bankerutirer bestraft.

§ 1469. Ein solcher fahrläßiger Bankerutirer (§ 1466 - 1468) wird, wenn er in einem öffentlichen Amte steht, dieses Amtes, und wenn er ein Jude ist, seines Schutzprivilegii, so wie ein anderer Kaufmann, aller kaufmännischen Rechte verlustig: also daß er ohne besondere Erlaubniß keinen Handel weiter treiben darf.

§ 1470. Außerdem hat derselbe, je nachdem der Verlust der Gläubiger größer oder geringer, und das Unvermögen durch längere oder kürzere Zeit verheimlicht worden ist, Zuchthaus- oder Festungsstrafe von Einem bis zu drey Jahren verwirkt.

§ 1471. Die Hoffnung, durch weit aussehende Handlungsspeculationen eine schon

vorhandene Vermögensunzulänglichkeit zu decken, kann einen fahrläßigen Bankerutirer nicht entschuldigen.

§ 1472. Eben so wenig ist die Erwartung künftiger Erbschaften, oder anderer Anfälle, auf welche der Schuldner noch kein unwiderrufliches Recht erlangt hat, dazu hinreichend.

d) unbesonnener;

§ 1473. Wer mit fremdem Gelde, ohne Genehmigung des Gläubigers, verwegene und unsichere Unternehmungen wagt, durch deren Fehlschlagung seine Gläubiger in Schaden und Verlust gesetzt werden, wird als ein unbesonnener Bankerutirer bestraft.

§ 1474. Ob ein dergleichen Unternehmen für unbesonnen zu achten sey, muß durch Sachverständige untersucht und beurtheilt werden.

§ 1475. Außer dem Verluste der Handlungsgerechtigkeit, oder des Schutzprivilegii, hat ein solcher Bankerutirer Gefängnißstrafe auf sechs Monathe bis zu zwey Jahren, verwirkt.

e) was bey dem Bankerute überhaupt zu beobachten sey;

§ 1476. Jeden erfolgenden Bankerut ist der Richter von Amts wegen zu untersuchen, und nach dem Befund der Umstände zu bestrafen schuldig.

§ 1477. Ein zwischen dem Schuldner und seinen Gläubigern getroffenes Abkommen kann denselben zwar von der Abarbeitung des Ausfalls, nicht aber von der Untersuchung und Strafe des Bankeruts befreien.

§ 1478. Wer bey Behandlung der Gläubiger einen derselben, welcher kein vorzügliches Recht hat, vor den übrigen begünstigt, hat schon dafür eine sechswöchentliche bis dreimonatliche Zuchthausstrafe verwirkt.

§ 1479. Kaufleute, welche durch Unglücksfälle zu zahlen unvermögend geworden, sind nicht als Bankerutirer anzusehen.

§ 1480. Die Vorsteher und Ältesten der Kaufmannschaft jedes Orts sind schuldig, die ihnen bekannt werdenden Fälle eines strafbaren Bankeruts dem Richter, bey hundert Dukaten fiskalischer Strafe, anzuzeigen.

§ 1481. Nach den von ihnen an die Hand zu gebenden, oder sonst eingezogenen Nachrichten, muß der Richter hauptsächlich beurtheilen: in wie fern es einer förmlichen Criminaluntersuchung wegen vorgefallenen Bankeruts bedürfe.

§ 1482. Einen unvermögenden Schuldner, welcher, um sich der richterlichen Untersuchung zu entziehen, austritt, oder seinen Aufenthalt verbirgt, trifft die Vermuthung eines muthwilligen Bankeruts.

§ 1483. Hat ein ausgetretener Kaufmann seine Bücher bey Seite gebracht; oder dieselben in solcher Unvollständigkeit oder Verwirrung zurückgelassen, daß daraus die Lage seines Vermögens und seiner Geschäfte nicht übersehen werden kann: so ist er für einen betrüglichen Bankerutirer zu achten.

§ 1484. Wenn der ausgetretene Schuldner auf ergangene öffentliche Vorladung sich nicht gestellt: so soll das wider ihn gefällte Urtel in den öffentlichen Anzeigen bekannt gemacht werden.

§ 1485. Die Ehefrau eines Bankerutirers, welche an dem Verbrechen des Mannes wissentlich und unmittelbar Theil genommen hat, verliert ihr eigenthümliches Vermögen zum Besten der Gläubiger, und hat die Hälfte der den Mann treffenden Gefängniß- oder Zuchthausstrafe verwirkt.

§ 1486. So oft ein Bankerut durch Verschwendung oder übermäßigen Aufwand verursacht worden, soll die Ehefrau mit ihrem Eingebrachten den Gläubigern der sechsten Classe nachstehen.

§ 1487. Kann sie aber ausweisen, daß sie an dem übermäßigen Aufwande des Mannes keinen Theil genommen, oder daß sie denselben wegen dieses Aufwandes gewarnt habe: so behält sie das in der Concursordnung angewiesene Vorzugsrecht.

Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten, Erster Theil

Fünfzigster Titel, Von Konkursen, und wie dabei zu verfahren

§ 2. Die Eröffnung eines Konkurses setzt also ein Unvermögen des Gemeinschuldners, seine Gläubiger vollständig zu befriedigen, ... voraus.

§ 3. Wenn also mit Eröffnung eines Konkurses verfahren werden soll, so muß zuvörderst das Unvermögen des Schuldners, seinen sämtlichen Gläubigern vollständige Befriedigung zu leisten, hinlänglich erhellen ...

§ 4. ... Auch ist er (der Richter, der Verf.), selbst ohne dergleichen Antrag, und von Amts wegen, zur Konkurseröffnung zu schreiten verpflichtet, wenn der Gemeinschuldner ein Kaufmann ist, oder ein Gewerbe getrieben hat, welches ihn mit auswärtigen Gläubigern, außerhalb seines gewöhnlichen Wohnorts, wahrscheinlicher Weise in Verbindung gesetzt haben kann.

§ 11. ... die Frage: ob das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung seiner Gläubiger unzureichend sey? annoch einer näheren Erörterung bedarf; ...

§ 13. ... so muß der Richter in der Citation dem Provokaten ausdrücklich anbefehlen, im Termine einen richtigen Statum bonorum ... mit zur Stelle zu brin-

gen, und dadurch die Zulänglichkeit seines Vermögens auszuweisen.

Anh. § 314. ... Vielmehr kommt es auf den wahren Werth der darin (im Inventario, der Verf.) aufgeführten Gegenstände und darauf an, ob der Eigenthümer im Stande ist, seine sämtlichen Gläubiger zu befriedigen.

Straf-Gesetzbuch für die Preußischen Staaten (Theil II)

Vierundzwanzigster Titel. Bankerutt.

§ 259. Handelsleute, Schiffsrheder und Fabrikbesitzer, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, werden, als des betrüglichen Bankerutts schuldig, mit Zuchthaus bis zu fünfzehn Jahren bestraft:
1. wenn sie ihr Vermögen ganz oder theilweise verheimlicht oder bei Seite geschafft haben;
2. wenn sie Schulden oder Rechtsgeschäfte anerkannt oder aufgestellt haben, welche ganz oder theilweise erdichtet sind;
3. wenn sie in der Absicht, ihre Gläubiger zu benachtheiligen, Handelsbücher zu führen unterlassen haben, obgleich deren Führung gesetzlich vorgeschrieben, oder nach der Beschaffenheit ihres Geschäfts erforderlich war;
4. wenn sie in gleicher Absicht ihre Handelsbücher verheimlicht oder vernichtet oder so geführt oder verändert haben, daß dieselben keine Übersicht des Vermögenszustandes gewähren.

Wird festgestellt, daß mildernde Umstände vorhanden sind, so ist die Strafe Gefängniß nicht unter drei Monaten; zugleich kann auf zeitige Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

§ 260. Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren wird bestraft:
1. wer im Interesse eines Handelsmannes, Schiffsrheders oder Fabrikbesitzers, welcher seine Zahlungen eingestellt hat, dessen Vermögen ganz oder theilweise verheimlicht oder bei Seite geschafft hat;
2. wer im Interesse eines solchen Gemeinschuldners, oder um sich oder Anderen Vortheil zu verschaffen, erdichtete Forderungen im eigenen Namen oder durch zwischengeschobene Personen geltend gemacht hat.

Wird festgestellt, daß mildernde Umstände vorhanden sind, so ist die Strafe Gefängniß nicht unter drei Monaten; zugleich kann auf zeitige Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.
Hat der Thäter im Einverständnisse mit dem Gemeinschuldner gehandelt, so kommen die allgemeinen Vorschriften über die Theilnahme an Verbrechen zur Anwendung.

§ 261. Handelsleute, Schiffsrheder und Fabrikbesitzer, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, werden wegen einfachen Bankerutts mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft:
1. wenn sie durch Ausschweifungen, Aufwand, Spiel oder Differenzhandel mit Waaren oder Börsen-Effekten übermäßige Summen verbraucht haben oder schuldig geworden sind;
2. wenn sie Handelsbücher zu führen unterlassen haben, obgleich deren Führung gesetzlich vorgeschrieben oder nach der Beschaffenheit ihres Geschäfts erforderlich war, oder wenn sie diese Handelsbücher verheimlicht oder vernichtet oder so unordentlich geführt haben, daß dieselben keine Übersicht des Vermögenszustandes gewähren;
3. wenn sie unterlassen haben, die Bilanz ihres Vermögens jährlich zu ziehen, obgleich dies gesetzlich vorgeschrieben oder nach der Beschaffenheit ihres Geschäfts erforderlich war;
4. wenn sie, obgleich das Vermögen nach der letzten Bilanz nicht die Hälfte der Schulden deckte, neue Schulden gemacht oder Waaren oder Kreditpapiere unter dem Werthe verkauft haben.

§ 262. Wenn Mäkler oder Notarien Handelsgeschäfte betreiben, so sollen dieselben, im Falle sie ihre Zahlungen einstellen und der in diesem Titel erwähnten Handlungen schuldig sind, denselben Strafen, wie Handelsleute, unterliegen.

Gesetz über die Aktiengesellschaften, vom 19. November 1843

§ 2. Der Gesellschaftsvertrag muß bestimmen:
4) die Grundsätze, nach welchen die Bilanz (§ 24) aufzunehmen ist.

§ 3. Der bestätigte Gesellschaftsvertrag wird durch das Amtsblatt desjenigen Regierungsbezirks, in welchem die Gesellschaft ihren Sitz hat, bekannt gemacht...

§ 17. Die Gesellschaft darf das statutenmäßige Grundkapital durch Rückzahlung an die Aktionäre nicht verkleinern. Die Stipulation von Zinsen zu bestimmter Höhe ist nur für denjenigen, im Statute anzugebenden, Zeitraum zulässig, welchen die Vorbereitung des Unternehmens bis zum Anfange des vollen Betriebes erfordert. Von letzterem Zeitpunkt an darf unter die Aktionäre, sey es in Form von Zinsen oder Dividenden ein Mehreres als nach den Jahresabschlüssen sich an Ueberschuss ergiebt, nicht vertheilt werden.

§ 24. Der Vorstand ist schuldig, die zur Übersicht der Vermögenslage erforderlichen Bücher zu führen, auch in den ersten drei Monaten eines jeden Ge-

schäftsjahres eine Bilanz des Gesellschaftsvermögens zu ziehen, und in ein dazu bestimmtes Buch einzutragen. Die Bilanz ist der Regierung mitzutheilen...

§ 25. Ergiebt sich aus der letzten Bilanz, daß sich das Grundkapital um die Hälfte vermindert hat, so muß der Vorstand dies unverzüglich öffentlich bekannt machen. Die Regierung muß in diesem Falle von den Büchern der Gesellschaft Einsicht nehmen und kann nach Befinden der Umstände die Auflösung der Gesellschaft verfügen.

§ 26. Beträgt das Vermögen der Gesellschaft nach der vorgelegten Bilanz nicht mehr so viel, daß dasselbe die Schulden deckt, so muß das Gericht, welchem die Regierung davon Mittheilung zu machen hat, den Konkurs (Falliment) von Amtswegen eröffnen.

(Auszug aus dem insgesamt 30 Paragraphen umfassenden Gesetz)

LITERATURVERZEICHNIS

Denkschriften, Materialien, Motive

ENTWURF eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg mit Motiven, Teil I und II, Stuttgart 1839 und 1840

ENTWURF eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland. Von der durch das Reichsministerium niedergesetzten Commission. Erste Abtheilung, Frankfurt a.M. 1849

BERICHTE der Kommission der Ersten und Zweiten Kammer über den Entwurf der Konkurs-Ordnung von 1855, zitiert in GOLTDAMMER (1858)

ENTWURF von 1855, in Gemäßheit der Allerhöchsten Ermächtigung vom 27. Dezember 1854 vorgelegter Entwurf der Konkurs-Ordnung mit umfangreichen Motiven, zitiert in GOLTDAMMER (1858)

ENTWURF eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten mit Motiven (1. Entwurf), Berlin 1856

PROTOKOLLE über die Beratungen mit kaufmännischen Sachverständigen und praktischen Juristen, betreffend den Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preußischen Staaten, Berlin 1856

ENTWURF eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten mit Motiven, 2 Teile (2. Entwurf), Berlin 1857

ENTWURF eines Gesetzes betreffend die Kommandit-Gesellschaften auf Aktien und die Aktien-Gesellschaften. Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes. 1. Leg.per., Sess. 1870, 4. Bd.

ENTWURF einer deutschen Gemeinschuldordnung in 264 Paragraphen, Berlin 1873

MATERIALIEN, Die gesamten Materialien zur Konkursordnung vom 1. Februar 1877, hrsg. von C. HAHN, Berlin 1881

GESETZ betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, Sammlung sämtlicher Drucksachen des Reichstages, 5. Leg.per., IV. Sess. 1884, I. Bd.

ENTWURF eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nebst Begründung und Anlage, Berlin 1892

ENTWURF eines Handelsgesetzbuches nebst Denkschrift, Amtliche Ausgabe, Berlin 1896

ENTWURF eines Strafgesetzbuches von 1960, Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 2150

BEGRÜNDUNG, Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 mit Begründung des Regierungsentwurfes, zus.gest. von B. KROPF, Düsseldorf 1965

Kommentare

ADLER-DÜRING - SCHMALTZ Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, 4. Aufl., Bd. 1: Rechnungslegung, 1968

BAUMBACH-DUDEN Handelsgesetzbuch, 18. Aufl., München 1968

BAUMBACH-HUECK Aktiengesetz, 13. Aufl., München 1968

BÖHLE-STAMSCHRÄDER Konkursordnung, 8. Aufl., München und Berlin 1966

DÜRINGER-HACHENBURG Das Handelsgesetzbuch, 1. Bd., §§ 1-104, 3. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1930

GADOW-HEINICHEN Aktiengesetz, 2. Aufl., 1. Bd., §§ 1-144, Berlin 1961

GODIN-WILHELMI Aktiengesetz, 3. Aufl., Bd.I, §§ 1-178, Berlin 1967

GOLTDAMMER Kommentar und vollständige Materialien zur Konkursordnung vom 8. Mai 1855, 2. Ausg., Berlin 1858

DERS. Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten, aus den amtlichen Quellen nach den Paragraphen des Gesetzbuches zusammengestellt und in einem Kommentar erläutert, Th. II, Berlin 1852

HACHENBURG GmbH-Gesetz, 6. Aufl., 2. Bd. (§§ 35-84), Berlin 1959

HANDELSGESETZBUCH Großkommentar, begründet von Hermann STAUB, weitergeführt von Mitgliedern des Reichsgerichts, 3. Aufl., 1. Bd., §§ 1-104, Berlin 1967

HASCHE Erläuterungen der hamburgischen Falliten-Ordnung, 3 Bde., Hamburg 1797-1805

JAEGER	Konkursordnung, 6. u. 7. Aufl., 2. Bd. (§§ 47-244), Berlin und Leipzig 1936
DERS.	Konkursordnung, 8. Aufl., 1. Bd., §§ 1-70, Berlin 1958 2. Bd., 1. Lief., §§ 71-101, Berlin 1958 2. Bd., 2. Lief., §§ 102-125, Berlin 1959 2. Bd., 3. Lief., §§ 126-148, Berlin 1961 2. Bd., 4. Lief., §§ 149-206, Berlin 1964
KOMMENTAR	zum Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, 1. Bd. (§§ 1-104 HGB), 2. Aufl., Berlin 1953
LEIPZIGER	Kommentar z. Strafgesetzbuch, 8. Aufl., 2. Bd. §§ 153-370, Berlin 1958
MENTZEL-KUHN	Konkursordnung, 7. Aufl., Berlin, Frankfurt a.M. 1962
SCHLEGELBERGER	Handelsgesetzbuch, 4. Aufl., 1. Bd., Berlin und Frankfurt a.M. 1965
SCHÖNKE-SCHRÖDER	Strafgesetzbuch, 13. Aufl., München und Berlin 1967
SCHWARZ-DREHER	Strafgesetzbuch, 30. Aufl., München 1968
STAUB's	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Aufl., 1. Bd. (§§ 1-177), Berlin und Leipzig 1932

Monographien

BARTH, K.	Die Entwicklung des deutschen Bilanzrechts und der auf ihm beruhenden Bilanzauffassungen, handelsrechtlich und steuerrechtlich, Bd. I, Handelsrechtlich, Stuttgart 1953
v. BAYER, H.	Theorie des Concurs-Processes nach gemeinem Rechte, 2. Aufl., München 1842
BEINE, G.	Die Bilanzierung von Forderungen, Wiesbaden 1960
BERLINER, M.	Die kaufmännische Buchführung im Entwurf zum neuen HGB, Kritik und Gegenvorschläge, Hannover 1896

BETZINGER, B.	Wie der Kaufmann Bücher führen muß nach deutschem Buchführungsrecht. Die Vorschriften des HGB und seiner Nebengesetze über die Buchhaltung und Rechnungsführung. Anhang: Überblick über das Buchführungsrecht des Auslandes, Leipzig 1905
BIERMANN, H.	Financial and managerial accounting, 5. Aufl., New York 1966
BIERMANN, M.	Die Überschuldung als Voraussetzung zur Konkurseröffnung, Berlin 1963
BÜSCH, J.G.	Theoretisch-Praktische Darstellung der Handlung in deren mannigfachen Geschäften, Erster Teil, Hamburg 1799
DERS.	Sämmtliche Schriften über die Handlung, 3 Theile, 1824
COSACK, K.	Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Konkurses nach deutschem Reichsrecht, Stuttgart 1884
DABELOW, C.C.	Ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concurse der Gläubiger, Halle 1801
DIETZEN, N.	Grundsätze ordnungsmäßiger Bilanzierung für stille Reserven, Leipzig 1937 (Veröffentlichungen der Schmalenbach-Vereinigung Bd. 8)
DUSEMUND, F.J.	Der betriebswirtschaftliche Gewinnbegriff in seiner historischen Entwicklung, Stuttgart 1929
ENDERLEN, E.	Nominale und reale Bilanz, Stuttgart 1936
ENGELS, W.	Betriebswirtschaftliche Bewertungslehre im Licht der Entscheidungstheorie, Opladen 1962
FISCHER, R.	Die Bilanzwerte, was sie sind und was sie nicht sind, Teil 1 1905, Teil 2 1908, Leipzig
FLEEGE-ALTHOFF, F.	Die notleidende Unternehmung, 1. Bd., Krankheitserscheinungen und Krankheitsursachen, Stuttgart 1930
FLUCH, K.	Der Status der Unternehmung, Wiesbaden 1961
FÜRST, R.	Bilanzierungsgrundsätze in der Praxis, Essen 1957
GELDMACHER, E.	Wirtschaftsunruhe und Bilanz, Teil I, Berlin 1923

GERSTNER, P.	Bilanzanalyse, 11. Aufl., Berlin-Leipzig 1944
GOTTSCHALK, H.	Die Lehre aus den Aktienskandalen der Nachkriegszeit, Frankfurt 1934
GREISSL, E.	Die Bilanzaufstellung nach dem Gesetz vom 18. Juli 1884, München 1887
GROSSMANN, H.	Grundlagen der Bilanzlehre, Berlin 1921
HAEGELE, K.	Konkurs, Vergleich, Gläubigeranfechtung, Eine Darstellung für die Praxis mit zahlreichen Mustern. Berlin 1963
HAPPEL	Beobachtungen bei'm Ausbruche eines Concurses und bei Zurückforderung des vom Schuldner vorher veräußerten Vermögens, Gießen 1801
HAX, K.	Die Substanzerhaltung der Betriebe, Köln und Opladen 1957
HEILFRON, E.	Römische Rechtsgeschichte, Civilprozeß, Konkurs, 4. Aufl., Berlin 1900
HEINEN, E.	Handelsbilanzen, Wiesbaden 1960
HELLMANN	Lehrbuch des deutschen Konkursrechtes, Berlin 1907
HILMER, E.	Wirtschaftliche Zusammenbrüche und ihre Abwehr, Leipzig 1914
HOLZER, H.	Zur Axiomatik der Buchführungs- und Bilanztheorie, Stuttgart 1936
ILLETSCHKO, L.L.	Die Bilanz des Praktikers, 2. Aufl., 1953
KEYSNER, H.	Die Aktiengesellschaften und die Kommanditgesellschaften auf Aktien unter dem Reichsgesetz vom 11. Juni 1870, Berlin 1873
DERS.	Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch nach Rechtsprechung und Wissenschaft, Stuttgart 1878
KOCH, E.F.	Die Preußische Konkursordnung, Berlin 1855
KOHLER, J.	Leitfaden des deutschen Konkursrechts, 2. Aufl., Stuttgart 1903
KOBERSTEIN, G. CLAUSEN, P.C.	Publizität und Gewinnverteilung im neuen Aktienrecht, Frankfurt/M. 1960

KONKURSGESETZE	aller Länder der Erde. Mit vergleichender Übersicht, hrsg. von ALEXANDER, J., Berlin 1892
KOSIOL, E.	Bilanzreform und Einheitsbilanz, 2. Aufl., Berlin-Stuttgart 1949
DERS.	Anlagenrechnung, Theorie und Praxis der Abschreibungen, Wiesbaden 1955
KOVERO, J.	Die Bewertung der Vermögensgegenstände in den Jahresbilanzen der privaten Unternehmungen, Berlin 1912
KRAUSS, J.C.C.	Vollständiges Lehrbuch der kaufmännischen Buchhaltung, Hamburg 1842
KRAFFT, S.B.	Praktische Anmerkungen über den Concurs-Proceß, Erlangen 1786
LE COUTRE, W.	Grundzüge der Bilanzkunde, 4. Aufl., Wolfenbüttel 1949
LEFFSON, U.	Die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, Düsseldorf 1964
LEHMANN, K.	Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts bis zum Code de Commerce, Berlin 1895
DERS.	Das Recht der Aktiengesellschaften, Bd. 1, Berlin 1898, Bd. 2, 1904
LEITNER, F.	Bilanztechnik und Bilanzkritik, 9. Aufl., Berlin-Leipzig 1929
LENT, F.	Zwangsvollstreckung und Konkursrecht, 7. Aufl., München-Berlin 1958
LEYERER, C.	Theorie und Geschichte der Buchhaltung, Brünn 1919
LIEBL, J.	Kapitalerhaltung und Bilanzrechnung, Wolfenbüttel 1954
LION, M.	Geschichtliche Betrachtungen zur Bilanztheorie bis zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Berlin 1929
LUDOVICI, C.G.	Grundriß eines vollständigen Kaufmanns-Systems, 2. Aufl., Leipzig 1768, Bd. IV der Quellen und Studien zur Geschichte der Betriebswirtschaftslehre, hrsg. von R. SEYFFERT, Stuttgart 1932

LUDOVICI, J.F.	Einleitung zum Concurs-Prozeß, mit Zusätzen von J.G. SCHLITTE, Halle 1740
LUTTER, M.	Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG, Karlsruhe 1964
MAHLBERG, W.	Der Tageswert in der Bilanz, Leipzig 1925
MASON, P. DAVIDSON, S. SCHINDLER, J.	Fundamentals of accounting, New York 1959
MATTESSICH, R.	Accounting and analytical methods, Homewood, Illinois, 1964
MELLEROWICZ, K.	Der Wert der Unternehmung als Ganzes, Essen 1952
MOHR, H.	Bilanz und immaterielle Werte, Berlin und Wien 1927
MOLLER, J.	Gründlicher Bericht von der Banckerottier, Falliten und verdorbenen Kaufleute Leben und Wandel auch deren Unterschied und Bestrafung, Frankfurt und Leipzig 1714
MOMMSEN, T.	Moderne Wirtschaftsdelikte unter besonderer Berücksichtigung der Insolvenzdelikte, Lübeck 1954 (Pro Honore Schriftenreihe Bd. 2)
MOONITZ, M.	The Basic Postulates of Accounting, Accounting Research Study No. 1 of the American Institute of Certified Public Accountants, New York 1961
MOXTER, A.	Der Einfluß von Publizitätsvorschriften auf das unternehmerische Verhalten, Köln und Opladen 1962
MÜNCH, P.	Die Bilanztheorie Rudolf Fischers, Leipzig 1940
MUSCHEID, W.	Schmalenbachs Dynamische Bilanz, Darstellung, Kritik und Antikritik, Köln und Opladen 1957
NOWAK, P.	Handelsbilanz und Steuerbilanz, Zürich-Leipzig 1938
OETKER, C.F.	Beiträge zur Lehre vom Concurse, Kassel 1847
OSBAHR, W.	Die Bilanz vom Standpunkt der Unternehmung, 3. Aufl., Berlin und Leipzig 1923

PAGENSTECHER, M.	Der Konkurs, 3. Aufl., hrsg. von M. GRIMM, München-Berlin 1955
PASSOW, R.	Die Bilanzen der privaten und öffentlichen Unternehmungen, Bd. I allgem. Teil, 2. Aufl., Berlin 1918
PENNDORF, B.	Die Geschichte der Buchhaltung in Deutschland, Leipzig 1913
PERAGALLO, E.	Origin and Evolution of Double Entry Bookkeeping, New York 1938
POEHLS, M.	Das Recht der Aktiengesellschaften mit besonderer Berücksichtigung auf Eisenbahngesellschaften, Hamburg 1842
REHM, H.	Die Bilanzen der Aktiengesellsch. u. Gesellsch. mbH, Kommanditgesellschaften auf Aktien, eingetr. Genossensch., Versicherungsvereine a.G., Hypotheken- u. Notenbanken u. Handelsgesellsch. überhaupt nach dt. u. österr. Handels-, Steuer-, Verwaltungs- u. Strafrecht, 2. Aufl., München 1914
REINHARDT, C.F.	Die Lehre vom Gannt und Ganntverfahren nach Römischem, nach Gemeinem und nach Württembergischem Recht, Stuttgart 1819
RENAUD, A.	Das Recht der Aktiengesellschaften, 2. Aufl., Leipzig 1875
RIEGER, W.	Über Geldwertschwankungen, Stuttgart 1938
DERS.	Schmalenbachs Dynamische Bilanz, Eine kritische Untersuchung, Stuttgart 1954
DERS.	Einführung in die Privatwirtschaftslehre, 2. Aufl., Erlangen 1959
RING, V.	Das Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884, Berlin 1886
RINKLIN, T.H.	Die vergleichsfähige und konkursreife Unternehmung, Stuttgart 1960
RÖHRICH, W.	Die Beweiskraft ordnungsmäßig geführter Handelsbücher und die Anforderungen des allgem. Deutschen HGB an die kaufmännische Buchführung, Stuttgart 1878

de ROOVER, R.	The Development of Accounting Prior to Luca Pacioli According to The Account-books of Medieval Merchants, Studies in the History of Accounting, by A.C. LITTLETON and B.S. JAMEY (eds.), Homewood, Ill. 1956
SACHSENSPIEGEL	nach der ältesten Leipziger Handschrift, hrsg. von WEISKE, J., Leipzig 1919
SAVARY, J.J.	Le Parfait Negociant oder der vollkommene Kaufmann, französisch-deutsch, Genf 1676
SCHÄFER, E.	Die Unternehmung, 3. Aufl., Köln-Opladen 1956
SCHÄFFLER, W.	Grenzfälle der Bilanzierung, Leipzig 1940
SCHMALENBACH, E.	Grundlagen dynamischer Bilanzlehre, 3. Aufl., Leipzig 1925, 12. Aufl., Köln-Opladen 1956
DERS.	Die Aktiengesellschaft, 7. Aufl., Köln-Opladen 1950
SCHMIDT, Fritz	Die organische Tageswertbilanz, Wiesbaden 1951
SCHMIDT, Georg	Der strafbare Bankbruch in historisch-dogmatischer Entwicklung mit besonderer Berücksichtigung der Schuldfrage, München 1893
SCHNEIDER, K.	Bilanzierung schwebender Engagements, Würzburg 1934
SCHWEPPE, A.	Das System des Concurses der Gläubiger nach dem gemeinen in Deutschland geltenden Rechte, Dritte Ausg., Göttingen 1829
SIMON, V.	Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien, 4. Aufl., Berlin 1910
SPROUSE, R.T. MOONITZ, H.	A tantative set of broad accounting principles for business enterprises, New York 1962
STEGEMANN	Unlauteres Geschäftsgebahren (Typische Fälle), Braunschweig 1921
STERN, R.	Bilanz-Delikte, falsche Geschäfts- und Steuerbilanzen, 2. Aufl., Berlin 1923
STOBBE, O.	Zur Geschichte des älteren deutschen Konkursprozesses, Berlin 1888

STREIT, E.	Grundsätze ordnungsgemäßer Bilanzierung von Rückstellungen, 2. Aufl., Leipzig 1936 (Band 2 der Veröffentlichungen der Schmalenbachvereinigung)
THÖL, H.	Das Handelsrecht, 2. Aufl., Bd. 1, Göttingen 1847
TRUMPLER, H.	Die Bilanz der Aktiengesellschaft, Basel 1950
VELLGUTH, H.K.	Grundsätze ordnungsmäßiger Bilanzierung für schwebende Geschäfte, Leipzig 1938 (Band 11 der Veröffentlichungen der Schmalenbachvereinigung)
v. VÖLDERNDORFF, O.	Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18.7.1884, Erlangen 1885
WALB, E.	Die Erfolgsrechnung privater und öffentlicher Betriebe, Berlin und Wien 1926
DERS.	Finanzwirtschaftliche Bilanz, 3. Aufl., Wiesbaden 1966
WEICHNER, A.	Allgemeine Bilanzkunde und Bilanzkritik, Stuttgart 1958
WEISHAAR	Über Concurs und Präcurs, Heilbronn 1801
v. WILMOWSKI, C.	Deutsche Reichs-Konkursordnung, Berlin 1878
WITTMANN, W.	Der Wertbegriff in der Betriebswirtschaftslehre, Köln 1956
ZIRPIUS, W. TERSTEGEN, O.	Wirtschaftskriminalität, Erscheinungsformen und ihre Bekämpfung, Lübeck 1963

Aufsätze und kürzere Beiträge

ADLER, H. WARNEKE, H.	Bewertungsfragen-Schuldverhältnisse, in WPg, 2. Jg. (1949) S. 424-435
ALBACH, H.	Grundgedanken einer synthetischen Bilanztheorie, in: ZfB, 35. Jg. (1965) S. 21-31
ASCHER, T.	Zur Frage der Bilanzierung von Sicherungsübereignungen und Sicherungsabtretungen unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung, in: WPg, 7. Jg. (1954) S. 289-293

ASCHER, T.	Bilanzierung fremden Eigentums, in: HdB, 3. Aufl., Bd. I, Stuttgart 1956, Sp. 1130-1134
ASZTELY, S.	Das Ziel des Jahresabschlusses, in: ZfB, 37. Jg. (1967) S. 291-313
AUFERMANN, E.	Zur Geschichte und Bedeutung des Niederstwertprinzips, in: BFuP 3. Jg. (1951) S. 109-123
BELLMANN, H. SCHWADORF, W.	Zuschreibungen in der Handelsbilanz, in: DB, 5. Jg. (1952) S. 829-831
BÖRNSTEIN, U.	Die Aktivierung von Versuchs- und Entwicklungskosten nach Handelsrecht und Steuerrecht, in: BB, 12. Jg. (1957) S. 553-557
BRÖNNER, H.	Der Einfluß des Steuerrechts auf die handelsrechtliche Bilanzierung, in: WP, 6. Jg. (1953), S. 65-67
BERTLING	Bekämpfung der Insolvenzkriminalität, in: Kriminalistik, Zeitschr. f. d. ges. kriminalistische Wissenschaft u. Praxis, 18. Jg. (1964)
BÜHLER, O.	Aktienrechtsreform dringlich geworden, in: Die Aktiengesellschaft, 1. u. 2. Jg. (1956/57), S. 135-138
COENENBERG, A. G.	Gewinnbegriff und Bilanzierung, in: ZfbF, 20. Jg. (1968) S. 442-469
DÖLLERER, G.	Entwicklungskosten in der Handelsbilanz, in: BB, 12. Jg. (1957) S. 983-986
DERS.	Zweck der aktienrechtlichen Publizität, in: BB, 13. Jg. (1958) S. 1281-1284
DERS.	Grundsätze ordnungsmäßiger Bilanzierung, deren Entstehung und Ermittlung, in: BB, 14. Jg. (1959 II) S. 1217-1221
DERS.	Gläubigerschutz und Aktionärsschutz im neuen Aktienrecht - ein Scheingegensatz, in: BB, 21. Jg. (1966) S. 629-633
DÜRING, W.	Die Bewertung im Falle des § 240 HGB, in: Kongreß-Archiv, 1936, Berlin, S. 165-171
EISFELD, C.	Der Falliten-Buchhalter in Hamburg, in: ZfhF, 30. Jg. (1936) Heft 10

ENGELS, W.	Bilanz und statistische Entscheidungstheorie, in: BFuP, 14. Jg. (1962) S. 696-711
FACHGUTACHTEN	des Instituts der Wirtschaftsprüfer 1/1951, Die Bilanzierung von Pensionslasten, in: WPg, 4. Jg. (1951) S. 460-461
FETTEL, J.	Die Grundsätze ordentlicher Buchführung (und Bilanzierung), in: WT, 8. Jg. (1959) S. 125-126
DERS.	Überschuldung, in: HdB, 3. Aufl., Bd. IV, Stuttgart 1962, Sp. 5463-5466
FEUERBAUM, E.	Die dynamische Bilanz und dynamische Wirtschaftsverhältnisse, in: ZfbF, 18. Jg. (1966) S. 554-562
DERS.	Notwendigkeit und Methoden der Substanzrechnung, in: ZfbF, 19. Jg. (1967) S. 172-184
FLUME, W.	Die Forschungs- und Entwicklungskosten in Handels- und Steuerbilanz, in: DB, 11. Jg. (1958), S. 1045-1054
FORSTER, K. H.	Vom Gläubigerschutz zum Aktionärsschutz - der Wandel in den Bewertungsbestimmungen des Aktienrechts, in: WPg, 17. Jg. (1964) S. 422-429
FRANKFURTER	Publizitätsgespräch, Vorträge und Diskussionen der gleichnamigen Tagung in Königstein/Ts. am 13. und 14. April 1962, Frankfurt a. M. 1962
GLUTH, H.	Das Prinzip des Gäubigerschutzes in der Bilanz, Wirtschaftspraxis, Abt. A: Rechnungswesen-Praxis, Loseblattausgabe, Stuttgart 1960
GNAM, A.	Die handelsrechtlichen Grundlagen der ordnungsmäßigen Buchführung, in: DB, 7. Jg. (1954) S. 581-584
DERS.	Von der imparitätischen zur paritätischen Bilanz, in: NB, 11. Jg. (1958) S. 121-123
GÖTZE, H.	Zu § 151 des Referentenentwurfs eines Aktiengesetzes, in: WPg, 12. Jg. (1959) S. 301-304
GRABMAYER, A.	Fremdes Eigentum in der Bilanz, in: Der österreichische Betriebswirt, 2. Jg. (1952) S. 114-120
GRIMM, M.	Konkurs, in: HdB, 3. Aufl., Bd. II, Stuttgart 1958, Sp. 3217-3228

GÜMBEL, R. — Die Bilanztheorie Wilhelm Riegers. Eine kritische Analyse ihrer Aussagen und ihrer Entwicklungsmöglichkeiten, in: ZfB, 36. Jg. (1966), S. 333-367

GUTENBERG, E. — Bilanztheorie und Bilanzrecht, in: ZfB, 35. Jg. (1965) S. 13-20

HASENACK, W. — Krisenbilanzierung und Tageswertidee, in: Die Betriebswirtschaft, 25. Jg. (1932) S. 55-61

HAX, K. — Bilanzgewinn und Geldwertschwankungen, in: ZfhF, NF 3. Jg. (1951) S. 433-460

HERTLEIN, A. — Bilanzgliederung, in: HdB, 3. Aufl., Bd. I, Stuttgart 1956, Sp. 1123-1130

HINTNER, O. — Die Riegersche Bilanzlehre, ein Vergleich mit Gesetzgebung und Rechtsprechung, in: Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht und Konkursrecht, Bd. 95 (der 4. Folge, 23. Bd.) 1930, S. 228-269

DERS. — Bilanz und Status, in: ZfB, 30. Jg. (1960) S. 523-539

HIRSCH, E. E. — Zur Auslegung und Reform der Überschuldungsbestimmungen im Gesellschaftsrecht, in: Beiträge zum Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für A. HUECK, München-Berlin 1959

HONKO, J. — Über einige Probleme bei der Ermittlung des Jahresgewinnes einer Unternehmung, in: ZfB, 35. Jg. (1965) S. 611-642

ILLETSCHKO, L. L. — Bilanzgliederung und Bewertung, in: NB, 7. Jg. (1954) S. 41-42

ISAAC, A. — Anschaffungswertbilanz und Tageswertbilanz, in: ZfB, 1. Jg. (1924) S. 246-265

JAENSCH, G. — Der Bilanzgewinn in meßtheoretischer Sicht (Besprechungsaufsatz), in: ZfbF, 20. Jg. (1968), S. 48-60

JAHR, G. — Funktionsanalyse von Rechtsfiguren als Grundlage einer Begegnung von Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft, in: ZfB, 36. Jg. (1966) S. 757-768

KÄFER, K. — Die Bilanz als Zukunftsrechnung. Eine Vorlesung über den Inhalt der Unternehmungsbilanz, Zürich 1962

KAROLI, R. Die gutachtliche Feststellung der eingetretenen Zahlungseinstellung, Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung, in: BRundsch., 6. bzw. 25. Jg. (1929) S. 133-139

KEGEL, C. A. L. Aufsätze über Handels-Vorfälle bey Fallissementen in Hamburg, 2 Hefte, Hamburg 1810

KLEBBA, W. Die Feststellung der Überschuldung, in: Zentralblatt für Handelsrecht, 8. Jg. (1933) S. 188-190

KLUG, U. Aktuelle Probleme des Konkursstrafrechts, in: KTS, 23. Jg. (1962) S. 65-74

KOBERSTEIN, G. Aussagewert des Jahresabschlusses, in: Die Aktiengesellschaft, 4. Jg. (1959) S. 18-21

KOCH, H. Die Problematik des Niederstwertprinzips, in: WPg, 10. Jg. (1957), S. 1-6, 31-35, 60-63

KUCKUCK, E. Die Behandlung der Eventualverpflichtungen in Bilanz und Geschäftsbericht, in: WP, 1. Jg. (1932) S. 304-307

LANGE, A.
FALK, B. Die Aktivierung von Anlaufkosten, in: WP, 7. Jg. (1954) S. 169-175

LE COUTRE, W. Die Bilanztheorien, in: HdB, 3. Aufl., Bd. I, Stuttgart 1956, Sp. 1153-1177

LEFFSON, U. Wesen und Aussagefähigkeit des Jahresabschlusses, in: ZfbF, 18. Jg. (1966) S. 375-390

LEHMANN, J. Bildung und Auflösung stiller Reserven in der Bilanz der Aktiengesellschaft, in: Festschrift für A. PINNER, Berlin und Leipzig 1932

LEHMANN, M. R. Die Quintessenz der Bilanztheorie, in: ZfB, 25. Jg. (1955) S. 537-552, 669-688

LEYERER, C. Historische Entwicklung der Buchführung seit der ersten Kenntnis bis zum 17. Jahrhundert, in: ZfhF, 16. Jg. (1922) S. 123-152

LITTMANN, E. Gewinnbegriff und Bilanzauffassung, in: Steuer und Wirtschaft, 25. Jg. (1948) Sp. 617-656

LÖBLEIN, W. Sind Finanzierungskosten aktivierungspflichtige Anschaffungskosten?, in: BB, 9. Jg. (1954) S. 681-682

LOITELSBERGER, F.	Die Bilanzierung der persönlichen Schuldverhältnisse, in: Der österreichische Betriebswirt, 3. Jg. (1953) S. 12-30
DERS.	Die Struktur des Gläubigerschutzes im Recht, in: Der österreichische Betriebswirt, 4. Jg. (1954) S. 138-157
DERS.	Gläubigerschutz und Erfolgsbewertung, in: Der österreichische Betriebswirt, 5. Jg. (1955) S. 71-86
MEIER, A.	Die Aussagekraft der aktienrechtlichen Bilanz aus der Sicht der dynamischen Bilanzauffassung, in: ZfbF, 18. Jg. (1966) S. 532-543
MOXTER, A.	Bilanzierung bei unsicheren Erwartungen, in: ZfhF, 14. Jg. NF (1962) S. 607-632
DERS.	Die Grundsätze ordnungsmäßiger Bilanzierung und der Stand der Bilanztheorie (Besprechungsaufsatz), in: ZfB, 18. Jg. NF (1966) S. 28-59
DERS.	Die statische Bilanztheorie heute (Besprechungsaufsatz), in: ZfbF, 19. Jg. (1967) S. 724-733
MÜNSTERMANN, H.	Dynamische Bilanz: Grundlagen, Weiterentwicklung und Bedeutung in der neuesten Bilanzdiskussion, in: ZfbF, 18. Jg. (1966) S. 512-531
NICKLISCH, H.	Die Entthronung der Bilanz, in: Die Betriebswirtschaft, 25. Jg. (1932) S. 2-5
PENNDORF, B.	Inventar, Bilanz und Bewertung in der italienischen Buchhaltung des 14. Jahrhunderts, ZfhF, 24. Jg. (1930) S. 489-495
DERS.	Die historische Entwicklung der Bilanz, in: Die Bilanzen der Unternehmungen, hrsg. von MEITHNER, K. Bd. I, Berlin-Wien 1933, S. 125-147
RENTROP, S.	Grundlagen dynamischer Bilanzlehre in der Praxis, in: DB, 9. Jg. (1956) S. 777-778
SCHEFFLER, H.	Über Bilanzen, in: Vierteljahresschrift für Volkswirtschaft, Politik und Kulturgeschichte, Bd. 62, 1879, S. 1-49

SCHENCK	Über den Übergang des Vermögens des Gemeinschuldners auf die Gesamtheit der Concursgläubiger und über die Wirkung jenes Übergangs auf Verhältnisse Dritter zu diesem Vermögen, in: Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß, 13. Bd. (1839) S. 67-104
SCHLÜTER, K.	Der Wert im Sinne des § 40 HGB, in: Kongreß-Archiv 1936 des deutschen Prüfungs- und Treuhandwesens, Berlin 1936
SCHMALENBACH, E.	Über das allgemeine Bilanzrecht, in: ZfhF, 11. Jg. (1916/17) S. 1-52
DERS.	Grundsätze ordnungsmäßiger Bilanzierung, in: ZfhF 27. Jg. (1933) S. 225-233
SCHNEIDER, D.	Bilanzgewinn und ökonomische Theorie, in: ZfhF, NF 15. Jg. (1963) S. 457-474
SEISCHAB, H.	Die Funktionen der Bilanzen, in: Die Bilanzen der Unternehmungen, hrsg. von MEITHNER, K., Bd. I, Berlin-Wien 1933, S. 379-405
SOMMERFELD, H.	Bilanz (eudynamisch), in: HdB, 1. Aufl., Bd. I, Stuttgart 1926, Sp. 1340-1346.
v. STROMBECK, J.	Zur Bilanzaufstellung der Aktiengesellschaften, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (1882), Bd. 28, S. 459-508
STÜTZEL, W.	Aktienrechtsreform und Konzentration, in: Konzentration in der Wirtschaft, 2. Bd.: Ursachen der Konzentration, hrsg. von ARNDT, H., Berlin 1960, S. 907-987 (auch als Sonderdruck: ..., Berlin 1960 erhältlich)
DERS.	Entscheidungstheoretische Elementarkategorien als Basis einer neuen Begegnung zwischen Wirtschafts- und Rechtswissenschaft, in: ZfB, 36. Jg. (1966), S. 769-789
DERS.	Bemerkungen zur Bilanztheorie, in: ZfB, 37. Jg. (1967), S. 314-340 (auch als Sonderdruck: ..., Wiesbaden 1967 erhältlich)
ter VEHN, A.	Die Entwicklung der Bilanzauffassungen bis zum AHGB, ZfB, 6. Jg. (1929) S. 161-169, 241-253, 329-345, 431-445 (auch als 5. Sonderheft erschienen)

VOGT, F.J. Grenzfragen der Aktivierung, in: NB, 11. Jg. (1958) S.21-24

WALB, E. Tageswert oder Anschaffungswert in der Bilanz, in: ZfhF, 18. Jg. (1924) S.228-240

WEHLER, E. Zur Auslegung des § 240 HGB, in: WT, 3. Jg. (1934) S.447-450

WOLF, H. Das Privatvermögen in der Bilanz des Einzelkaufmanns, in: DB, 6. Jg. (1953) S.619-621

Dissertationen

BERKHEMER, H. Der Insolvenzstatus. Betriebswirtschaftliche Grundlagen und Konsequenzen, Mannheim 1955

DIETHELM, A. Die Tatbestände der Insolvenzstrafbestimmungen und ihre Konkurrenzverhältnisse, Kiel 1965

DÜRR, F. Das Rechtsschutzbedürfnis im Konkurs, insbesondere im Konkurseröffnungsverfahren, Tübingen 1960

GOLDMANN, H. Die Gläubigerschutzverbände, ihre Organisation und Wirksamkeit, Berlin 1931

HAHN, G. Ursachen von Unternehmensmißerfolgen, Ergebnisse von Untersuchungen besonders im rheinischen Industriebezirk, Köln 1956

v. HOININGEN Beiträge zur geschichtlichen Entwicklung des strafbaren Bankerutts in Deutschland, Bonn 1878

JENSEN, J.P. Gläubigerschutz und Handelsbilanz, untersucht am Modell der Handelsbilanz des Einzelkaufmanns, Frankfurt/M. 1965

KOLLMAR, H.F. Der betrügerische Bankrott durch Beiseiteschaffen und Verheimlichen von Vermögensstücken, Köln 1961

LEISSLE, F. Der Einfluß der betriebswirtschaftlichen Bilanzauffassungen auf das deutsche Handelsrecht, München 1950

MÜLLER, Gerhard — Der Tatbestand des einfachen Bankrotts, unter besonderer Berücksichtigung der Irrtumsprobleme, Heidelberg 1965

PARR, H. — Stille Reserven. Eine kritische Betrachtung der Forderung nach wahren Bilanzen. Speyer 1939

RABBEN, H. — Das kriminelle Strafrecht im Aktiengesetz nach deutschem Reichsrecht, Straßburg 1912

SCHÄFER, M. — Aktivierungsrecht und Aktivierungspflicht in der Handelsbilanz und der Einkommens- und Körperschaftssteuerbilanz, Jena 1936

SEHER, I. — Die aktienrechtliche Untreue in rechtsvergleichender Darstellung, Köln 1965

SCHOLZ, H. — Der Konkurs vom betriebswirtschaftlichen Standpunkt, Frankfurt 1934

SCHNELLENBACH, H. — Die vorgesehenen Änderungen des Aktienstrafrechts im Regierungsentwurf zum Aktiengesetz, Köln 1963

SCHUMM, F. — Der einfache Bankerott (§ 240 KO), Kiel 1925

SCHÜRER, H. — Der Tatbestand der Überschuldung in deutschen Insolvenzrecht, eine Stellungnahme aus betriebswirtschaftlicher Sicht, München 1962

ULLRICH, W. — Konkursdelikte unter besonderer Berücksichtigung des Landgerichtsbezirks Essen in den Jahren 1945-1958, Bonn 1961

VOSS, J. — Der besondere Gläubigerschutz des Aktienrechts, Würzburg 1942

WALTHER, F. — Die Bankeruttdelikte, Tübingen 1937

ZYBON, A. — Die wechselseitigen Einflüsse zwischen der Betriebswirtschaftslehre und dem Handelsrecht in Bilanzfragen, Köln 1958